Die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Jochen Winter
aus Marktredwitz, Bayern

1979

1978

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41536516_0053

Die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Jochen Winter
aus Marktredwitz, Bayern

1979

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan : Prof. Dr. Hans v. Mangoldt
1. Berichterstatter : Prof. Dr. Wolfgang Zöllner
2. Berichterstatter : Prof. Dr. Hermann Lange

Tag der mündlichen Prüfung : 19.12.1978

Meinen Eltern

Die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht

Inhalt

A. Einleitung

I. 1. Die Problemstellung 1

2. Die praktische Bedeutung 2

a) Die Verjährung 2

b) Das Alternativverhältnis 3

c) Die Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung (§ 634 Abs. 1 BGB) als Anspruchsvoraussetzung des § 635 BGB 3

d) Die Haftpflichtversicherung 4

e) Die Wirksamkeit des Werkvertrages als Anspruchsvoraussetzung für § 635 BGB 4

II. Die einheitliche Lösung des Abgrenzungsproblems als Erfordernis der Rechtssicherheit 4

B. Mangel- und Mangelfolgeschaden

I. 1. Vorbemerkung

Die Mangelfolgeschäden - Gesetzeslücke, Ausgleich über die positive Vertragsverletzung oder Grundfall des § 635 BGB 5

2. Schmitz - die nicht notwendige Beschränkung des § 635 BGB auf Mangelschäden - Vergleich mit § 538 BGB 7

3. Medicus - der historische Gesetzgeber und die Mangelfolgeschäden 1o

4. Ganten - Der Schutzzweck der Norm 13
5. Die Verletzung der werkvertraglichen Nebenpflichten . 17
a) Brandfall 17
b) Pferdefall 17

II. Der Begriff des Mangelfolgeschadens 18

III. Die Abgrenzungsproblematik 19

C. Die Rechtsprechung

I. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 2o
1. Personenbeförderungsfall 21
2. Straßenbahnfall 22
3. Grundstückstaxenfall 24
4. Kühlanlagefall 28
5. Klavierstuhlfall 3o
6. Turbinenfall 32
7. Schotteranlagefall 35
8. Bleirohrfall 38
9. Badehausfall 4o
1o. Ölpressenfall 41
11. Kreditauskunftsfall 45
12. Hausschwammfall 46

II. Kritik der einzelnen vom Reichsgericht verwandten Abgrenzungskriterien 51
1. Das Unmittelbarkeitskriterium 52
a) Das lokale Unmittelbarkeitskriterium 52
b) Das kausale Unmittelbarkeitskriterium 55
aa) Der Schadensbegriff in der historischen Entwicklung 56

bb) Der Unmittelbarkeitsbegriff bei § 823 Abs. 1 BGB 57
cc) Der unmittelbare Schaden im Zeitpunkt der Gestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches 59
dd) Die Untersuchungen Rabels 6o
c) Das "Hinzutreten des besonderen, selbständigen Ereignisses 61

III. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (unter Einbeziehung der Oberlandesgerichtsurteile) .. 64

1. Rohrfall 65
2. Bilanzfall 67
3. Wackelspatzenfall 68
4. Sägegatterfall 72
5. Anstrichfall 75
6. Drainagefall 76
7. Architektenfälle 8o
8. Analyse der Architektenfälle 87
a) Der nur planende Architekt 88
b) Die allumfassende Architektenleistung 92
c) Die Notwendigkeit der Trennung der verschiedenartigen Architektenleistungen 94
9. Besprechung der einzelnen Architektenfälle
a) Sickerwasserfall 96
b) Kellerdeckenfall 97
c) Garagenfall 99
d) Abdichtungsfall 1o1
e) Rohbaufall 1o2
1o. Rechtsauskunftsfall 1o3
11. Baueinsturzfall 1o6

12. Gutachterfall 111
13. Statikerfall 112
14. Laufkranfall 116
15. Gemeindezentrumfall 117
16. Vermessungsfall 124
17. Brandfall 125
18. Grundstücksbewertungsfall 125

IV. Kritik der vom Bundesgerichtshof verwandten Kriterien
1. Die verschiedenen Kriterien für Mangelschäden .. 128
2. für Mangelfolgeschäden 129
3. Erfüllungs- und Integritätsinteresse 129
4. Die Verletzung des anderen "Rechtsguts" 13o
5. Ausblick 13o

D. Literatur

I. 1. Die Vielzahl der Lösungsvorschläge 131
2. Die einzelnen Lösungen
a) Die "Kausalitätstheorie" des Schrifttums . 133
b) Die Typologie - Allgemeines 134
aa) bei Todt 135
bb) bei Ballerstedt 137
c) Jakobs - die Unterscheidung nach der Art des konkreten Fehlers 138
d) Grimm - der Schadensort als ausschlaggebendes Kriterium 141
e) Larenz - Die Verletzung eines anderen Rechtsgutes 142
f) Das neuere Schrifttum 142

E. Eigener Standpunkt

I. 1. Vorbemerkung 146
2. Der methodische Ansatzpunkt 147
3. Der Anspruchsinhalt des § 635 BGB 148

II. 1. Die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschäden 151
2. Die Schäden aus immateriellen Werkleistungen 153

III. Die praktischen Auswirkungen 155
1. Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung des § 634 Abs. 1 BGB 155
2. Der Alternativitätsgrundsatz 157
3. Der Mangelfolgeschaden im Haftpflichtversicherungsrecht 158

IV. 1. Die Verjährung der Mangel- und Mangelfolgeschäden 161
2. Die Lösungsvorschläge des Schrifttums 162
a) Ganten - extensive Auslegung des § 638 BGB, Vergleich mit der Verjährungsregelung des § 477 BGB 162
b) §§ 823, 852 BGB als rechtspolitisch erwünschte Korrekturmöglichkeit 164
c) Medicus - § 852 BGB analog 167
d) Jakobs und Ballerstedt - Beginn der Verjährungsfrist mit der Erkennbarkeit des Schadens 167

V. 1. Die Auslegung der Verjährungsvorschrift des § 638 BGB als Ausgangspunkt für eine interessengerechte Lösung..... 168

a) Die Verjährung der Mangelfolgeschäden
aus immateriellen Werkleistungen 169
b) aus körperlichen Werken 171

Zusammenfassung 173

Die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht

A. Einleitung

I. Gemäß § 635 BGB wird der Werkunternehmer im Falle mangelhafter Vertragserfüllung [1] aus einem von ihm zu vertretenden [2] Umstand zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet.

1. Die Frage, auf welche Schäden § 635 BGB zu beziehen ist und wie diese aus § 635 BGB begründeten Forderungen gegen etwa weiter-

---

1) Mangel des Werkes i.S. d. § 635 BGB kann das Vorliegen eines Fehlers oder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft bedeuten.

2) Vertretbarkeit liegt vor : bei einem Verschulden gem. § 276 BGB oder einer Garantieübernahme. Wann eine Garantieübernahme vorliegt, ist streitig; eine bloße Zusicherung reicht wohl nichts aus. Vgl. Eimer, Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des Werkunternehmers bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften,in NJW 1973, S. 59o ff.

reichende Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung [3] abzugrenzen sind, erscheint als noch nicht abschließend geklärt. Litaratur und Rechtsprechung sahen sich mit der formelhaft als Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden umschriebenen Auslegung der §§ 635 und 638 BGB seit Jahrzehnten immer wieder konfrontiert, ohne bisher über allgemeine, im konkreten Fall nur wenig dienliche Abgrenzungskriterien hinausgelangt zu sein. So wurde diese Problematik in den letzten Jahren zu einer der umstrittensten Fragen des Werkvertragsrechtes.

a) Die Klärung dieses Fragenkomplexes ist freilich nicht nur rechtstheoretischer Natur, sondern hat vor allem unter dem Gesichtspunkt der Verjährung des sich aus den Mängeln des Werkes ergebenden Schadensersatzanspruches erhebliche praktische Bedeutung. Während die Durchsetzbarkeit des Ersatzanspruchs aus § 635 BGB dem Empfänger eines mangelhaften Werkes gemäß § 638 BGB in 6 Monaten (bei Grundstücken in einem Jahr, Bauwerken in 5 Jahren) verloren geht, ist der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung mit der weitaus günstigeren Verjährungsfrist von 3o Jahren (§ 195 BGB) denkbar. Gerade wegen dieser Diskrepanz in der Verjährung bilden die §§ 635, 638 BGB das Hauptanwendungsgebiet der Distinktion zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden.

---

3) erstmals Staub, Die positive Vertragsverletzung, Berlin 19o4. Der ungenaue Begriff "positive Vertragsverletzung" wird hier benutzt, weil er sich eingebürgert hat. Nicht präzis ist die Bezeichnung deswegen, weil die Haftung aus "positiver Vertragsverletzung" auch bei Verletzungen von Pflichten aus gesetzlichen Schuldverhältnissen und zudem auch bei Unterlassen nicht nur bei positivem Handeln eingreift. Vgl. zur Ungenauigkeit des Begriffes Schlechtriem, Abgrenzungsfragen bei der posotiven Vertragsverletzung in VersR 1973, S. 581; Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, S. 11 ff, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1965

b) Der zweite mögliche Unterschied ergibt sich aus der Alternativität des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung und der Gewährleistungsvorschriften. So kann der Schadensersatz nach § 635 BGB nur statt der Wandlung oder Minderung verlangt werden, wohingegen der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung auch neben den Gewährleistungsvorschriften seine Berechtigung hat.[4] Die Unterscheidung Mangel- und Mangelfolgeschaden wird notwendig, um diejenigen Schäden begrifflich bestimmen zu können, die der Besteller auch nach der Wandlung des Werkvertrages noch geltend machen kann.

c) Darüberhinaus erfordert der Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB für den Regelfall eine Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung gem. § 634 Abs. 1 BGB,[4a] während der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung ohne Nachfristsetzung sofort geltend gemacht werden kann. Nur in bezeichneten Ausnahmefällen gestattet es § 635 i.V.m. § 634 Abs. 2 BGB dem Besteller unverzüglich, ohne vorgeschaltete Nachfristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen: wenn die nochmalige Leistungsaufforderung wegen Unmöglichkeit überflüssig, infolge Weigerung des Unternehmers sinnlos oder aufgrund besonderen Interesses nicht mehr zumutbar[5] ist.[6]

---

4) Erman-Seiler, BGB-Handkommentar, 1. Band, 6. Auflage 1975, § 635 Rdz. 19; Palandt-Thomas, Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Auflage, München 1978, Vorbem.v. § 633 Anm. 4 e; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 11. Auflage, München 1977, § 53 II b; Soergel-Ballerstedt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.3 1o. Auflage 1969, § 635 Rdz. 9

4a) a.A. Peters, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 635 BGB, in JZ 1977, S. 458 ff

5) z.B., wenn die sofortige Geltendmachung im besonderen Interesse des Bestellers liegt, etwa weil sein Vertrauen zum Unternehmer erschüttert ist. BGHZ 46, S. 242

6) zu diesem Grundsatz bekennt sich das BGB schon im Allgemeinen Teil des Schuldrechts im Falle des Schuldnerverzuges, s. §§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 2 BGB

d) Des weiteren ist die Unterscheidung zwischen dem Schaden im Sinne des § 635 BGB und aus positiver Vertragsverletzung für die Abgrenzung des Haftpflichtversicherungsschutzes gem. den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung im Bauwesen - AHB - maßgebend. So deckt die Haftpflichtversicherung nicht die Aufwendungen des Unternehmers für die Leistungserbringung selbst und demgemäß auch nicht Schadensersatzansprüche des Bestellers, die infolge Nichterfüllung dieser Leistungspflicht entstehen, sondern nur diejenigen Risiken, die über die Leistungspflicht als solche hinausgehende Ansprüche betreffen. [7] In erster Linie sind infolgedessen die durch positive Vertragsverletzung begründeten Ansprüche tangiert.

e) Schließlich könnte sich die Einteilung von Mangel- und Mangelfolgeschaden dann als notwendig erweisen, wenn der Werkvertrag unwirksam ist, denn § 635 BGB setzt einen rechtsgültigen Vertrag voraus, wohingegen die positive Vertragsverletzung nach einer gewichtigen Ansicht davon nicht abhängig ist. [8]

II. Die gegenwärtig verbreitete Ratlosigkeit in Rechtsprechung und Literatur macht es dem Rechtsuchenden nahezu unmöglich, die Entscheidung des Richters vorauszusehen. Das gefährdet die Rechtssicherheit.

Es wäre an der Zeit, die Trennungslinie der Ansprüche aus § 635 BGB und positiver Vertragsverletzung anhand praktischer und zugleich rationaler Kriterien möglichst berechenbar zu machen.

---

7) Wussow, Haftung und Versicherung bei der Bauausführung, 3. Auflage, 1971, S. 248

8) Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, in JZ 1965, S. 475 (476); Soergel-Knopp, § 242 Rdz. 1o2; BGH BB 1953, S. 956 (957)

Aufgabe dieser Abhandlung ist es, die von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungsmaßstäbe zu untersuchen, die uneinheitliche und oft verwirrende Rechtsprechung zu ordnen und ihre Entwicklungstendenzen aufzuzeigen; ferner die Abgrenzungskriterien der Lehre zu skizzieren, das Essentielle dieser Literaturmeinung herauszustellen und, soweit möglich, auf einen Nenner zu bringen.

B. Mangel- und Mangelfolgeschaden

I. Vorbemerkung

1. § 635 BGB ordnet die Voraussetzung für die Ausgleichsrechte des Bestellers gegen den Unternehmer wegen eines mangelhaften Werkes.

Ungewiß bleibt indes, ob § 635 BGB alle die Mangelhaftigkeit des Werkes betreffenden Schäden umfaßt, eine abschließende Regelung der Bestellerrechte enthält und insoweit eine Monopolstellung im Werkvertragsrecht einnimmt.

Schon das Reichtsgericht beschränkte die Haftung des § 635 BGB auf den eigentlichen,den "dem Werk unmittelbar anhaftenden" Mangelschaden. [9] Für den darüber hinausgehenden Schaden soll Ersatz nach den allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts geleistet werden. Dabei bot sich seit der grundlegenden Arbeit von Staub [10] das von ihm entwickelte Institut der positiven

---

9) RG vom 1.12.1905, RGZ 62, S. 119; vom 10.7.1906, RGZ 64, S. 41; vom 15.4.1907, RGZ 66, S. 12; vom 15.4.1909, RGZ 71, S.173; vom 20.9.1918, RGZ 95, S. 2

10) Staub, aaO (Fußn. 1)

Vertragsverletzung zur Regelung dieses gestörten Äquivalenzverhältnisses, das weder nach Verzugs- noch nach Unmöglichkeitsregeln gelöst werden konnte und nicht von den Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechtes erfaßt wurde, geradezu an. Heute ist weithin anerkannt, daß die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung auf die sogenannten Mangelfolgeschäden [11] anwendbar sind. [12]

Diese scheinbar logische und dogmatisch saubere Lösung sieht sich jedoch gewichtigen Argumenten in der Literatur gegenüber. [12a]

---

11) dieser von Larenz, Schuldrecht Bd. 2, § 41 II 3 entwickelte Begriff wurde von der Rechtsprechung und der Literatur weitgehendst übernommen.

12) heute ganz h.M. siehe Palandt-Thomas, Vorbem. § 633 Anm. 4e mit weiteren Nachweisen; Staudinger-Riedel, Kommentar zum BGB, Bd. II, 3. Teil §§ 611-7o4, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Auflage, Berlin 1958, § 635 Rdz. 8; Soergel-Ballerstedt, § 635 Rdz. 9; Grimm, Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB und aus positiver Vertragsverletzung in NJW 1968, S. 14 ff; Ganten, Zur Verjährung der Ansprüche des Bestellers aus sog. Mangelfolgeschäden, in VersR 197o, S. 1o8o ff; Todt, Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers bei Lieferung eines mangelhaften Vertragsobjekts, 197o; Schubert, Der Anwendungsbereich der §§ 635 und 638 BGB, in JR 1975, S. 179 ff

12a) An dieser Stelle soll nur auszugsweise auf einzelne Literaturmeinungen eingegangen werden, um die Problematik der Aufteilung der beiden Schadensarten bereits vor der Untersuchung der Rechtsprechung anzudeuten und unter dem Blickwinkel bedeutsamer Auffassungen der Lehre der Rechtsprechung gegenüberzustellen. Umfassender werden die Lösungsvorschläge der Literatur auf den Seiten 131 ff behandelt.

Ein Teil der Lehre [13] vertritt die Ansicht, es bestünde kein zwingender Anlaß, für die Verfolgung der Mangelfolgeansprüche auf die positive Vertragsverletzung zurückzugreifen. Vielmehr könnten auch jene Schäden in den Schadensersatzanspruch des § 635 BGB einbezogen werden. Eine Beschränkung des § 635 BGB auf den Mangelschaden sei schlechthin willkürlich.

2. Nach Schmitz [14] fällt ein solcher "Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzung", wie ihn Stoll [15] schon vor 4o Jahren gefordert hat, im Bereich des § 635 BGB umso leichter, als dieser "Abschied" bei der Parallelregelung des § 538 längst vollzogen worden ist und § 538 Abs. 1 BGB nach nahezu einhelliger Ansicht [16] den Ersatz von Mangelfolgeschäden umfaßt. Dabei übersieht Schmitz, daß sich die Ordnung des Werkvertragsrechts nur bedingt mit der des Mietrechts vergleichen läßt. Die Einbeziehung von Mangelfolgeansprüchen in die Bestimmung des § 538 BGB läßt sich am besten mit dem speziellen Charakter des Mietvertragsrechts begründen. Im Mietvertragsrecht ist gerade die vertragsgemäße Überlassung der Mietsache zum Gebrauch wesent-

---

13) Medicus, Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in Festschrift für Kern S. 313 ff (323); Jakobs, Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Werkleistung, in Jus 1975, S. 76 ff(8o); Laufs-Schwenger, Der Schadensersatzanspruch des Bestellers beim Werkvertrag: Inhalt, Verjährung, Beweislast, in NJW 197o 1817 ff (1821,1822); Finger, Die Verjährung der Ersatzansprüche gegen Werkunternehmer, in DB 1972, S. 1211 ff(122o)

14) Schmitz, Die Verjährung von Mangelfolgeschäden im Kauf- und Werkvertragsrecht, in NJW 1973, 2o81 ff

15) Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, in AcP 136 (1932), S. 257 ff

16) Larenz, aaO § 48 II b3; Staudinger-Kiefersauer, § 538 Rdz. 14 f; Palandt-Putzo, § 538 Anm. 5 b; Erman-Schopp, § 538 Rdz. 2o; Esser, Schuldrecht Bd II, 4. Auflage 1971, § 7o I, S. 1o6; BGH NJW 1962, S. 9o8; BGH NJW 1968, S. 855; BGH NJW 1971, S. 424; BGHZ 43, S. 88; a.A.Ennerccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse 15. Aufl., Tübingen 1958, § 128 III 2, S.518

licher Vertragsinhalt (§ 536 BGB). Infolge dieses engen Kontakts mit der Mietsache bedarf der Mieter eines besonderen Schutzes. Wenn nunmehr die überlassene Mietsache mit Fehlern behaftet ist und daraus Schäden an anderen Rechtsgütern des Mieters entstehen, so betrifft eine derartige teilweise Nichterfüllung eine dem Mietvertrag eigentümliche Hauptverpflichtung. [17] Dieses Integritätsinteresse des Mieters gehört somit ebenfalls zum Inhalt der Erfüllungspflicht des Vermieters. Während im Mietrecht die Überlassung des mangelfreien Mietobjekts zum Gebrauch wesentlicher Vertragsinhalt ist, und die überaus enge Beziehung des Mieters zur Mietsache das Integritätsinteresse des Mieters erhöht, steht im Werkvertragsrecht der spätere Gebrauch des Werkes, wenn überhaupt, in nur loser Verknüpfung zu den eigentlichen werkvertraglichen Hauptverpflichtungen. Der Nutzungszweck wird beim Werkvertrag nicht unbedingt zum Vertragsinhalt. Gerade diese enge Verbundeheit des Mieters mit dem Mietobjekt weist auf die erhöhte Schutzbedürftigkeit des Mieters hin.

Diese verschärfte Haftung des Vermieters im Gegensatz zur Unternehmerhaftung läßt sich auch damit rechtfertigen, daß letzterer deswegen schutzbedürftiger ist, weil er die Sache erst herstellen muß, während der Vermieter in aller Regel bereits eine vorhandene Sache vermietet, die er schon vor Vertragsschluß auf Fehler untersuchen kann.

Überdies erklärt sich aus dem Wesen des Mietvertrages als Dauerschuldverhältnis [18], das Mieter und Vermieter zur be-

---

17) so grundlegend BGH NJW 1962, S. 9o9

18) der Werkvertrag dagegen kann nicht als Dauerschuldverhältnis gewertet werden, vgl. Ballerstedt, Zur Auslegung der §§ 635, 638 BGB bei den verschiedenen Werkvertragstypen, in Festschrift für Larenz, 1968 S. 728 Anm. 16; zum Begriff des Dauerschuldverhältnisses vgl. Esser, Schuldrecht Bd. I, § 23 II

sonderen Rücksichtnahme verpflichtet, die Einbeziehung des Erhaltungsinteresses in den Leistungsinhalt des Mietvertrages. [19]

Da sich nun der Mieter darauf verlassen darf, durch die teilweise Nichterfüllung infolge mangelhafter Mietobjekte keinen Schaden an Leib, Gesundheit und Sachen zu erleiden, ist selbst für Mangelfolgeansprüche eine gem. § 538 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Verschulden unabhängige Haftung gerechtfertigt. Hätte der Gesetzgeber die Garantiehaftung des Vermieters nicht auf Körper- und Sachschäden erstrecken wollen, so hätte er dies im Gesetz ausdrücklich geregelt. Der Gesetzgeber hat es aber trotz der Jahrzehnte lang geübten, vom RG [20] und BGH [21] bestätigten Rechtsprechung unterlassen, eine solche Einschränkung des Mieterschutzes vorzunehmen. [22]

Eine differenzierte Auslegung des Begriffes Schadensersatz wegen Nichterfüllung scheint demnach unter Berufung auf den Vertragstypus des Mietrechts gerechtfertigt, bedenkt man, daß die dem § 538 Abs. 1 Satz 1 BGB eigentümliche Garantiehaftung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dem werkvertraglichen Schadensersatz wegen Nichterfüllung fremd ist.

Zur Klärung des Grundes für die unterschiedliche Regelung ist auf die Intention des historischen Gesetzgebers abzustellen. Ausweislich der Materialien [23] liegt die Annahme einer Garantie des Vermieters für die Mängelfreiheit der Mietsache zum

---

19) Todt, aaO S. 166

20) RGZ 77, S. 99; RGZ 81, S. 200 (203), RGZ 196, S. 84 (92)

21) BGH NJW 1962, S. 908, BGH NJW 1968, S. 855; BGH NJW 1971, S. 424; BGHZ 43, S. 88 (90)

22) so BGH NJW 1962, S. 909

23) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gestzbuches, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888, S. 376 ff

Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zugrunde; daher soll insoweit ohne Verschulden gehaftet werden. Demgegenüber wird die Schadensersatzpflicht hinsichtlich eines späteren Zeitpunktes nur bei Vertretenmüssen begründet. So ist es auch verständlich, daß der Gesetzgeber für die Mängel eines Werkes, die - der Natur der Sache entsprechend - immer erst nach Vertragsabschluß entstehen, bloß eine vom Vertretenmüssen abhängige Haftung angeordnet hat. [24]

Aus den oben genannten Gründen erweist sich die Ansicht Schmitz's, daß der einheitliche Begriff "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" nicht der differenzierten Auslegung zugängig sei, als unzutreffend. Vielmehr ist der Inhalt einer Norm von ihrem Sinn und Zweck im Rahmen der vertraglichen Risikoordnung her zu bestimmen. Dennoch unterliegt der Schadensersatzanspruch des § 538 BGB - bedingt durch die Eigentümlichkeit des Mietvertragsrechts - einer anderen Betrachtungsweise und Auslegung als der werkvertragliche Nichterfüllungsschaden.

3. Eine gleichwohl gewichtige These für die Einbeziehung der Mangelfolgeschäden in den Ersatzanspruch des § 635 BGB verficht Medicus. [25] Er bestreitet, daß der Gesetzgeber das Problem der Sachmängelfolgeschäden nicht gesehen habe. [26] Vielmehr habe er sie in den spezialgesetzlichen Regelungen der §§ 463, 480 Abs. 2, 538 und 635 BGB berücksichtigt und geregelt. Medicus beruft sich dabei auf das gemeinrechtliche Vorbild für die dolus-Haftung in § 463 Satz 2 BGB, so auf ein Zitat des Julian in D. 19, 1, 13 pr.: "Der Verkäufer, der wissentlich krankes Vieh oder einen fehlerhaften Balken liefert, soll auch den Schaden ersetzen müssen, den der Käufer durch die Ansteckung seines gesunden Viehs oder durch Einsturz des mit

---

24) Mot. II S. 478 f

25) Medicus, aaO (Fußn. 13), S. 318

26) so auch Jakobs, Die Schadensersatzpflicht des Unternehmers wegen mangelhafter Werkleistung in ihrem Verhältnis zu Wandlung und Minderung, in Jus 1974, S. 341 (342)

dem Balkon errichteten Hauses erleidet". [27] Diese heute als Schulbeispiele für die positive Vertragsverletzung aufgeführten Tatbestände würden darauf hinweisen, daß der Gesetzgeber den Tatbestand der positiven Vertragsverletzung gekannt hat und die Rechtsfolgen in den spezialgesetzlichen Vorschriften regeln wollte. Mangels einer Gesetzeslücke sei ein Rückgriff auf die Regeln der positiven Vertragsverletzung nicht notwendig. Diese Folgerungen sind m.E. mehr als zweifelhaft. Es ist nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber gerade im Gewährleistungsrecht die Mangelfolgeschäden und somit die Tatbestände der dritten Form der Leistungsstörung bereits erkannt und geregelt haben soll, im Allgemeinen Teil des Schuldrechts dagegen nicht. [28] Ein Anhaltspunkt dafür, daß die Mangelfolgeschäden in den § 635 BGB einzubeziehen sind, ist den Motiven jedenfalls nicht zu entnehmen. [29] Selbst wenn man Medicus zustimmen sollte, daß Mangelfolgeschäden im Kaufrecht den Gesetzesredaktoren nicht unbekannt waren, kann hieraus noch nicht zwingend gefolgert werden, daß dem Gesetzgeber die Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht vertraut waren. Man denke nur an Mangelfolgeschäden aus immateriellen Werkleistungen. An derartige Schäden hat der historische Gesetzgeber nicht gedacht; ihm standen in erster Linie Sachwerke vor Augen. [30]

Immerhin kann der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 635 BGB nur "statt"Wandlung oder Minderung beansprucht

---

27) Medicus, aaO(Fußn. 13), führt auf S. 318 in Fußn. 18 aus, daß der Schluß des Textes zwar verstümmelt überliefert ist, aber über den Ersatz der Folgeschäden Gewissheit besteht.

28) Medicus, aaO(Fußn.13),S. 318: nur als allgemeinen Tatbestand der Leistungsstörung hat das BGB die positive Vertragsverletzung übersehen.

29) Mugdan, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, Band II, Berlin 1899, S. 266 ff; so auch Laufs-Schwenger, aaO s. 1821 (insbesondere Fußn. 57); Ganten,aaO S. 1o83

3o) dies ist allgemein anerkannt: Grimm, aaO S. 16, Fußn. 19, Jakobs, aaO (Fußn. 13),S. 79; Schlechtriem,aaO S. 591; BGH NJW 1976 S. 15o3

werden. Dieses alternative Wahlverhältnis [31] zur Wandlung und Minderung deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber die Mangelfolgeschäden bei der Redaktion des Gewährleistungsrechts im Werkvertragsrecht übersehen oder zumindest nicht in § 635 BGB geregelt hat. Denn sollte nach erfolgter Mängelbeseitigung, nach erfolgter Wandlung oder Minderung ein durch den ursprünglichen Mangel ausgelöster, an anderen Rechtsgütern [32] des Bestellers erst jetzt auftretender Mangelfolgeschaden den Besteller in Mitleidenschaft ziehen, so stünde er schutzlos. Eine Liquidation des Mangelfolgeschadens gem. § 635 BGB scheitert an dem "statt" des § 635 BGB. Eine solch unbillige Lösung wird man dem Gesetzgeber kaum unterstellen können. Gleicht man den Mangelfolgeschaden über die positive Vertragsverletzung aus, so steht dem Besteller auch nach vollzogener Wandlung dieser Ersatzanspruch zu.

Ferner würde auch hinsichtlich der Verjährungsfrage, sieht man in der Tatbestandsanalyse des § 635 BGB die entscheidende Vorfrage für die Verjährung, [33] die Einbeziehung des Mangelfolgeschadens in den Ersatzanspruch des § 635 BGB zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Ereignet sich z.B. beim Betrieb einer vom Werkunternehmer ohne die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen hergestellten Maschine ein Unfall, der Personen- und Sachschäden zur Folge hat, erst nach Ablauf der 6-monatigen Frist des § 638 BGB, so wäre der auf § 635 BGB gestützte Ersatzanspruch für Mangelfolgeschäden bereits verjährt, ehe er noch entstanden war; dagegen beginnt die 3o-jährige Verjährungsfrist des Anspruchs aus Vertragsverletzung entsprechend der Regel des § 198 Satz 1 erst jetzt. [34]

---

31) auf diese Problematik gehe ich auf Seite 157 intensiver ein.

32) z.B. Gesundheit, Eigentum etc.

33) m.E. ist das Verjährungsproblem, wenn auch unter Zugrundelegung der bei § 635 BGB gefundenen Ergebnisse, nach eigenständigen Kriterien zu entscheiden, vgl. dazu Seite 168

34) Larenz, aaO § 53 II b

Zudem kann, selbst wenn der Gesetzgeber das Problem der Mangelfolgeschäden gesehen haben sollte, daraus nicht zwingend gefolgert werden, daß er diese mittelbaren Schäden den spezialgesetzlichen Regeln unterstellen wollte.

4. Ebensowenig wie die Argumentation von Medicus gebietet der von Ganten [35] vorgeschlagene Gedanke, auf den Schutzzweck der Norm abzustellen, die Mangelfolgeschäden in den Bereich des § 635 BGB einzuziehen.

Zweifelhaft bleibt vorerst, ob die Normzwecklehre [36] auch im Bereich des § 635 BGB praktikabel ist. Die wichtigste Auswirkung dieser Lehre ist nach Ganten die Relativierung des "Alles-oder Nichts-Prinzips" im Vertrags- und Deliktsrecht und damit die Beschränkung der Zurechnung von Schadensfolgen. [37] Für die Frage der Konkretisierung des Schadens im Bereich des § 635 BGB kann diese Lehre m.E. jedoch nur einen scheinbaren Aufschluß geben. Die Aufgabe der Schutzzwecktheorie ist darin zu sehen, die Nachteile, die das haftungsbegründende Verhalten verursacht hat, trotz bestehenden Kausalzusammenhangs von der Ersatzpflicht auszuschließen. Und zwar geht es um solche Nachteile, die infolge eines vom Schutzzweck der verletzten Norm nicht mehr gedeckten Geschehensverlaufs eingetreten sind. Außerhalb des Schutzbereiches liegen solche Nachteile, die dem Verletzten infolge eines vom Normzweck atypischen Kausalverlaufs zugestoßen sind. Die Normzwecklehre bewirkt zwar eine Ausscheidung bestimmter Schadensverläufe, nicht dagegen bestimmter Schadensbereiche.

---

35) Ganten, aaO (Fußn.12) S. 1083; desweiteren in einer Anmerkung zum Urteil d. BGH vom 20.1.1972, VersR 1972, S. 540 ff

36) Grundlegend Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, Berlin 1957, S. 495 ff; Ernst v. Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, S. 12 ff, Freiburg 1956

37) so Ganten, in VersR 1972, S. 541

Sie vermag demnach nicht die Haftung gegenständlich auf das Erfüllungsinteresse zu beschränken. [38] Gleichwohl ist Ganten darin zuzustimmen, daß der Inhalt einer Norm von ihrem Zweck im Rahmen der vertraglichen Risikoordnung und durch Feststellung des objektiven Ordnungsgedankens her bestimmt werden kann. Entscheidend sind nicht nur historische Gesichtspunkte, sondern das werkvertragliche Haftungssystem im Verständnis der heutigen Zeit. [39] Das bedeutet, daß der Nichterfüllungsschaden des § 635 BGB inhaltlich eher vom Sinnzusammenhang des § 635 BGB her als von der Frage, welche Schäden gerade diese Bestimmung ausgleichen soll, erfasst werden kann. Die Auslegung durch die Entfaltung von Sinn und Tragweite des § 635 BGB ist somit zu lösen durch die Grenzziehung der im Werkvertragsrecht geschützten und nicht geschützten Interessen. Es ist dies die Frage, ob der Vertrag und damit die Schadensersatznorm des § 635 BGB nur das schwer bestimmbare eigentliche Erfüllungs- oder auch das darüber hinausgehende Interesse deckt. Das Werkvertragsrecht verdeutlicht in den §§ 631 ff BGB die Pflichten des Unternehmers, welche Interessen des Bestellers befriedigt werden sollen,und zeigt dadurch auf, welche Folgen der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der Unternehmer gutzumachen hat. Er haftet nach den spezialgesetzlichen Regelungen nicht schlechthin für alle denkbaren Folgen seines vertragswidrigen Tuns, sondern nur für die Einbußen, die den durch den Vertrag geschützten Interessen zuwiderlaufen. [40] Die §§ 631, 633 Abs. 1 BGB ver-

---

38) Es würde hier zu weit führen, die mit der Normzwecklehre verhafteten Probleme eingehend zu untersuchen. Ausführlicher, vgl. D. Hensche, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Recht der Sachmängelgewährleistung, Dissertation, Bonn 1975, S. 1o4 ff

39) vgl. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsanwendung, 197o, S. 33 ff (36)

4o) Rabel, aaO S. 496

pflichten den Unternehmer, ein termingerechtes, vertragsgemäßes, mangelfreies Werk herzustellen. Entsprechend dem Wesen des Werkvertrages sind das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft und die Mangelfreiheit, anders als beim Dienst- oder Kaufvertrag, Inhalt der Leistungspflicht. [41] Kommt der Unternehmer dieser seiner Leisuntsverpflichtung nicht nach und nimmt der Besteller das Werk trotz seiner nicht erkennbaren Mangelhaftigkeit als Erfüllung an, konzentriert sich die Erfüllungspflicht auf das in Erscheinung getretene und vom Besteller als Erfüllung anerkannte Werk. Die Bestellerrechte beschränken sich danach auf die Gewährleistungsansprüche der §§ 633, 634, 635 BGB. [42] Daneben erkennt die heute herrschende Meinung im Anschluß an Korintenberg [43] dem Besteller einen Anspruch auf Neuherstellung zu, falls die Neuherstellung nach Abnahme ohne unzumutbare Aufwendung für den Unternehmer erfolgen kann und eine Nachbesserung nicht möglich ist. [44] Dem vertraglichen Erfüllungsinteresse wird somit ausreichend Rechnung getragen.

---

41) Palandt-Thomas, § 631 Anm. 2

42) daß § 635 BGB ein Gewährleistungsanspruch ist, wird heute überwiegend anerkannt, vgl. Enneccerus-Lehmann, § 15 I, Staudinger-Riedel, § 633 Rdz. 1, § 635 Rdz. 5; Palandt-Thomas, Vorbem. v. § 633 Anm. 3 c

43) Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, 1935, S. 73 ff, 114 ff; auch schon derselbe, Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag, Diss. Köln, 1927

44) Enneccerus-Lehmann, § 15 I; Erman-Seiler, 6. Aufl., § 633 Rdz. 29; Soergel-Ballerstedt, § 633 Rdz. 1; Staudinger-Riedel § 633 Anm. 2; Fikentscher, Schuldrecht, 5. Aufl. 1975, § 8o II 1 a; Larenz, aaO § 53 II a; Pieper, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in JuS 1962, S. 46o

Das Interesse des Bestellers an der Erhaltung seiner sonstigen Vermögens- und Rechtsgüter wird jedoch nicht von den Gewährleistungsvorschriften erfasst. Die atypischen, mittelbaren Folgenachteile, haben keinerlei Bezug zu der eigentlichen werkvertraglichen Leistungsverpflichtung. So haftet z.B. der Unternehmer nicht nach § 635 BGB für diejenigen Schäden, die dem Besteller durch die Verwendung des Werkes im Vertrauen auf dessen Verwendbarkeit an anderen Rechtsgütern entstanden sind. [45)]

So stellt der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne des § 635 BGB vor allem auf den Ersatz solcher Nachteile ab, die mit dem Interesse des Bestellers an der fehlerhaften Leistung identisch sind, d. h. die an dem mangelhaften Werk selbst auftretenden Einbußen sollen ausgeglichen werden. [46)] Demgegenüber bezweckt das Institut der positiven Vertragsverletzung eine Abwehr möglicher und einen Ausgleich eingetretener Verletzungen der bereits vorhandenen Güter. Es handelt sich daher bei diesen Schäden aufgrund mangelhafter Werkleistung um einen über das Interesse an der Erfüllung des Vertrages hinausgehenden Nachteil, der durch die Erbringung der geschuldeten Leistung nicht zu beseitigen ist. Es muß infolgedessen bei der Beeinträchtigung des Integritätsinteresses bei den allgemeinen Grundsätzen bleiben. Dieses Interesse ist gerade durch das Institut der

---

45) Einige Beispiele aus der Rechtssprechung: Bricht der Besteller mit dem mangelhaft gefertigten Klavierstuhl zusammen (RG Warn 1911, Nr. 235, S. 259), stürzt der Bauherr durch eine fehlerhafte Decke (RG JW 1906, S. 111), führt die mangelhafte Reinigung des Gasofens zu einer Gasvergiftung des Bestellers (RGZ 127, S. 14 ff), verursacht die mangelhafte Abschirmung eines Stromschalters Körperschäden (OLG Celle VersR 1959, S. 379), so gehören diese Schäden nicht zu der hier zu berücksichtigenden Sonderordnung.

46) Grimm, aaO S. 16; Hess, Die Haftung des Architekten für Mängel des errichteten Bauwerkes, 1966, S. 87; Finger, aaO DB 1972, S. 1218, vgl. auch Seiten 152 ff

positiven Vertragsverletzung hinreichend geschützt. [47] Würde man das Erhaltungsinteresse dem § 635 BGB unterstellen, käme dies einer Aushöhlung der Sonderregelung gleich, die weder vom historischen Gesetzgeber gewollt war, noch dem Sinn und Zweck der Vorschrift entspricht. [48]

5. Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, daß die Verletzung werkvertraglicher Nebenpflichten und die daraus resultierenden Schäden nach einhelliger Meinung über das Institut der positiven Vertragsverletzung gelöst werden. Die oben erörterte Problematik der einschränkenden Auslegung des § 635 BGB stellt sich hier nicht. Dies mögen zwei Beispiele verdeutlichen:

a) Beim Anbringen einer Beleuchtungslampe entsteht durch unvorsichtige Handhabung der Lötlampe ein Brand (Brandfall). [49]

b) Beim Beschlagen eines Pferdes trat das Pferd nach der Entfernung des alten Hufeisens in einen herumliegenden Nagel. Trotz sofortiger Entfernung des eingetretenen Nagels entzündete sich die Wunde und das Pferd verendete (Pferdefall). [5o]

---

47) So im Ergebnis Schmidt-Salzer, Produktenhaftung 1973, S. 216 ff, der jedoch das Erhaltungsinteresse als Bestandsschutz bezeichnet; Pieper, aaO JuS 62, S. 46o, 461; Hess, aaO S. 9o ff, a.A. Esser, Schuldrecht II, § 8o II 3 b; Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S 323

48) Dennoch vermag die Trennungslinie Erfüllungs- und Integritätsinteresse noch keine praktikable Lösung des Abgrenzungsproblems anzubieten. Dies nicht nur wegen der nicht seltenen Überschneidung der beiden Interessen, sondern auch wegen der allzu undeutlichen und schwer zu bestimmenden Begriffe. In manchem Einzelfall können diese Kriterien Anhaltspunkte für die Schadenszuordnung liefern.

49) RG Warn 1911 Nr. 168

5o) OLG München OLG-Rspr. 22, S. 3o7

In beiden Fällen hat der Unternehmer seine allgemeine vertragliche Sorgfaltspflicht verletzt, ohne daß dadurch ein mangelhaftes Werk gefertigt worden ist. Entweder ist noch keines hergestellt worden, wie im Brandfall , bei dem das Haus abbrannte, oder es ist ein mangelfreies errichtet worden, wie im Pferdefall, bei dem nach Entfernung des eingetretenen Hufnagels das Pferd sachgemäß und ordentlich beschlagen wurde. Daß diese beiden Fälle den Grundfall der positiven Vertragsverletzung betreffen, bedarf wohl keiner näheren Ausführung.

II. Der Begriff des Manfelfolgeschadens

Die Rechtsprechung und h.M. der Literatur beschränkt die Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze nicht auf die Fälle der schuldhaften Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, sondern wendet sie auch dann an, wenn durch einen Mangel des Werkes weiterreichende, über das reine Erfüllungsinteresse hinausgehende Nachteile an Rechtsgütern des Bestellers, wie Körper, Gesundheit und andere Sachen verursacht werden.

Diese (mittelbaren) Schäden, die über das Interesse an der Vertragserfüllung hinausgehen, wurden erstmals von Larenz [51] als Mangelfolgeschäden bezeichnet. Sowohl der BGH [52] als auch ein Großteil der Literatur [53] übernahm diese Formulierung.

---

51) Larenz, aaO § 41 II 3

52) BGH NJW 1970, S. 2021, BGH BB 1971, S. 287; BGHZ 46, S. 238; BGHZ 50, S. 200; BGHZ 54, S. 352; BGHZ 58, S. 85; BGHZ 58, S. 305

53) Palandt-Thomas,Vorbem.v.§ 633 Anm. 4 e; Erman-Seiler § 635 Rdz.20; Soergel-Ballerstedt § 635 Rdz. 9; Medicus, aaO S. 313 ff, Laufs-Schwenger, aaO S. 1817 ff; Schmitz, aaO S. 2081; Ganten in VersR 70, 1080; Finger, aaO S. 1211 ff; Ballerstedt, aaO S. 715 ff

Daneben sind auch andere Begriffe in Gebrauch. So definiert Leonhard [54] den über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden als "Begleitschaden"; Fikentscher [55] hält den Begriff "übererfüllungsmäßiger Schaden" für treffender; Schmalzl [56] spricht neuerdings von "Rechtsgutschäden" und vereinzelt taucht der Begriff "mittelbarer Schaden" auf. [57]

M.E. ist die von Larenz geprägte Formulierung "Mangelfolgeschaden" plastischer, weil sie klar zum Ausdruck bringt, daß es sich um einen durch den Mangel des Werkes ausgelösten, dem Werk selbst nicht immanenten, weiteren Folgeschaden handelt. Allen diesen Begriffen ist immerhin gemeinsam, daß sie den Schaden charakterisieren wollen, der sich vom Nichterfüllungsschaden, bzw. dem eigentlichen Mangelschaden des § 635 BGB abhebt.

III. Abgrenzungsproblematik

Schon diese Unsicherheiten in der Terminologie des Mangelfolgeschadens lassen erahnen, mit welchen Schwierigkeiten Lehre und Rechtsprechung seit Jahrzehnten zu kämpfen haben, um dogmatisch vertretbare und zweckdienliche Abgrenzungskriterien für die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschäden zu finden. Die Rechtsanwendung sieht sich hier vor Fragen gestellt, die durch eine einfache Interpretation des Gesetzes nicht mehr zu beantworten sind. Besondere Schwierigkeiten, eine zutreffende Abgrenzungsformel für die Differenzierung des Nichterfüllungsschadens vom Mangelschaden, des Anspruchs aus § 635 BGB von dem aus positiver Vertragsverletzung zu finden, ergeben sich insbesondere daraus, daß die Leistungsinhalte der verschiedenen Werkvertragstypen zu unterschiedlich sind. So nimmt der Werkvertrag unter den im 2. Buch des BGB geregelten Typen von Austauschver-

---

54) Leonhard, Allg. Schuldrecht, Band 1, 1929, S. 281, S. 542

55) Fikentscher, Schuldrecht, S. 233, 391

56) Schmalzl, Die Haftung des Architekten und Bauunternehmers, 3. Auflage, 1975, S. 66

57) BGH NJW 1962, S. 308; BGHZ 50, S. 200

verträgen [58] insofern eine Sonderstellung ein, als darunter nicht nur Verträge über die Herstellung oder Bearbeitung von Sachen fallen, sondern auch zahlreiche Verträge des Verkehrswesens, ferner solche über künstlerische und kunstgewerbliche Arbeiten und in besonderen Fällen auch freiberufliche Tätigkeiten, wie etwa die Erstattung von Gutachten, die Herstellung von Werbematerial oder die Ausführung von Operationen, um nur einige wenige Beispiele aus den mannigfaltigen Erscheinungsformen des allzu heterogenen Vertragstyps "Werkvertrag" aufzuzählen.

Im Hinblick auf diese breite Palette von Geschäftstypen, denen nur das Merkmal des geschuldeten "Erfolges" gemeinsam ist, erscheint es kaum möglich, eine einheitliche, präzise, normgerechte Formel für die Trennung der Mangel- und Mangelfolgeschäden zu finden. So erweisen sich die an bestimmten Modellfällen entwickelten Regeln, transformiert auf andere Fälle, als kaum oder nur mit Modifikationen anwendbar und verwertbar. [59]

C. Rechtsprechung

Die trotz alledem zahlreichen Versuche der Rechtsprechung, geeignete Abgrenzungskriterien zu finden, werden im folgenden dargestellt und analysiert. Dabei sollen vorerst die Lösungswege und Entwicklungstendenzen der Rechtsprechung anhand von Fällen aufgezeigt und erörtert werden. [6o]

---

58) wie Kauf, Tausch, Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag

59) so auch Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 319 ff; ähnlich Ballerstedt, aaO S. 718 ff

6o) Die Sachverhalte der Entscheidungen werden teilweise gekürzt, auf die Abgrenzungsproblematik zugeschnitten wiedergegeben. Entsprechendes gilt für die Entscheidungsgründe.

I. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Die reichsgerichtliche Judikatur wollte danach unterscheiden, ob der Schaden unmittelbar durch den Mangel des Werkes oder erst durch ein weiteres zusätzliches Ereignis verursacht worden ist, ließ sich aber in Entscheidungen des Einzelfalles häufig von ganz anderen Erwägungen leiten, [61] so daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts oft als uneinheitlich und unübersichtlich gerügt wurde. [62] Da sich ein Teil der Lehre immer noch, wenn auch manchmal mit Einschränkungen, auf diese vom RG gewonnenen Erkenntnisse und die von ihm entwickelten Formulierungen stützt, [63] ist weit auszuholen.

1. Schon bald nach Inkrafttreten des BGB wurde die Frage aktuell, ob neben den Gewährleistungsansprüchen (Wandlung und Minderung, § 634 BGB, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, § 635 BGB) ein weiterer, nach dem RG aus § 276 BGB abzuleitender Schadensersatzanspruch bestehe, wie er von dem Anspruch aus § 635 BGB abzugrenzen und inwieweit § 638 BGB auf diese Ansprüche anwendbar sei.

In seiner 1. Entscheidung [64] zu diesem Problemkreis hatte sich das RG mit einer Personenbeförderung mittels eines "Benzinmotorwagens" zu befassen, bei der ein Fahrgast durch die Fahrlässigkeit eines Angestellten des Beförderungsunternehmers während der Beförderung verletzt wurde. Der Fahrer hatte versucht, vom fahrenden Wagen aus die zufällig aufgegangene Tür zum Motorkasten zu schließen und fuhr während dieses Vorgangs in den Straßengraben, so daß das

---

61) so z.B. : RGZ 62, S. 122; RGZ 66, S. 16 ff

62) Finger, aaO S. 1212; Grimm, aaO S. 15

63) Staudinger-Riedel, Rdz. 6 u. 8 zu § 635 BGB; Erman-Seiler § 635 Rdz. 22; Enneccerus-Lehmann, § 151 II 2 f; RGRK-Denecke, 11. Aufl. § 635 BGB Anm. 4 u. 5; Oertmann, BGB, 1929, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Anm. 5 zu § 638 BGB, Soergel-Ballerstedt, § 635 Rdz. 1o

64) RG vom 1.12.19o5, RGZ 62, S. 119 = JW 19o6, S. 13

Fahrzeug umfiel (Personenbeförderungsfall). [65]

Das Reichsgericht erklärte § 635 BGB mit der Begründung für nicht anwendbar : "Der Schadensersatz gründet sich nicht auf einen Mangel des gelieferten Werkes, sondern auf eine durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtgemäße Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Vertragsverletzung."

2. Zum selben Ergebnis kam das Reichsgericht [66] in einem ähnlich gelagertem Fall. Auch hier erlitt der Fahrgast einer Straßenbahn während der Fahrt infolge eines schuldhaft verursachten Zusammenstoßes mit einem Güterzug Verletzungen (Straßenbahnfall).

Das Reichsgericht führte aus : "Eine durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtgemäße Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Vertragsverletzung ist gerade gegeben, wenn ein Fahrgast während der Beförderung durch den Transportunternehmer infolge Außerachtlassung der vertraglichen Sorgfalt von Seiten des Letzteren körperlich verletzt wird. Die Werkleistung des Transportunternehmers ist die Beförderung des Vertragsgegners von Ort zu Ort; Mängel dieser Leistung unterstehen der kurzen Verjährung des § 638 BGB; daß der Transportunternehmer die Person, für die er sich zu jener Leistung verpflichtet hat, vor Gefahren sichere, die dieser auf dem Transport durch die Transporteinrichtungen und Maßnahmen begegnen können, ist eine danebenlaufende Verpflichtung, die zwar auch auf dem Vertragsverhältnis beruht und zu den Vertragspflichten gehört, die aber mit der Transportleistung selbst nicht zusammenfällt."

---

65) Die Bezeichnungen der folgenden Fälle sind teilweise von Todt, aaO übernommen.

66) RG v. 15.4.1907 RGZ 66, S. 12 = JW 1907, S. 330

Bereits in diesen ersten Entscheidungen klingt die Gegenüberstellung von Gewährleistung (§ 635 BGB) und positiver Vertragsverletzung und die damit zusammenhängende Verjährungsproblematik an. Mit der Formulierung, daß § 635 BGB nur dann eingreife, wenn der Mangel das Werk selbst betreffe, wird erstmals auf den Schadensort hingewiesen, die Abgrenzung indes wird durch das positive Zuwiderhandeln gegen die pflichtgemäße Sorgfalt bei der Herstellung des Werkes vorgenommen. Daß diese Abgrenzungskriterien dogmatisch nicht haltbar und logisch nicht einwandfrei sind, erkannte das RG wohl selbst, denn spätere Entscheidungen verzichten auf diese Formulierungen. [67] Das RG läßt in den beiden Entscheidungen außer Betracht, daß das Erfordernis, nach welchem die Person oder Sache unbeschädigt an den richtigen Ort und zur richtigen Zeit befördert werden muß, nach dem Zweck des Beförderungsvertrages grundsätzlich auf dieselbe Stufe zu stellen ist, wie das Erfordernis, daß überhaupt befördert wird und infolgedessen unmittelbar und untrennbar zur Werkleistung des Transportunternehmers gehört. [68] Das Nichteinhalten dieser Erfordernisse, die Verletzung eines Fahrgastes während der Fahrt, stellt folglich einen Schaden im Sinne des § 635 BGB dar. [69] Daß die fehlerhafte Herstellung eines Werkes gleichzeitig eine "positive Zuwiderhandlung gegen die pflichtgemäße Sorgfalt bei der Herstellung des Werkes" beinhaltet, ist selbstverständlich und bedarf keiner näheren Ausführungen, beruht doch nahezu jeder Mangel des Werkes auf Sorgfaltspflichtverletzung. Eine sichere Abgrenzung der Mangel- und Mangelfolgeschäden kann jedenfalls mit den zitierten Ausführungen nicht erfolgen.

Es ist dem Reichsgericht zwar zuzugestehen, daß die Abgrenzung im Bereich der hier vorliegenden immateriellen Werkleistung

---

67) letztmals RG in Warn 1908, S. 218, Nr. 303

68) diese Ansicht vertritt das RG auch in RG JW 1912, S. 686 Nr.10

69) so auch Todt, aaO S. 76; Ballerstedt, aaO S. 727

gleichwohl schwieriger ist, weil es an dem mangelhaften Objekt selbst fehlt, wohingegen das mangelhafte Werk bei materiellen Werkleistungen für den Besteller greifbar wird und in seine Sphäre gelangt. Freilich ist damit nicht die von Ballerstedt [70] - wohl zu exaltiert - mit "dogmatischer Hilflosigkeit" bezeichnete Unsicherheit zu entschuldigen.

Darüber hinaus muß dem Reichsgericht vorgeworfen werden, daß es sofort auf die Frage, ob eine "neben dem Vertrag laufende Verpflichtung, die mit dem Transportverhältnis nichts zu tun hat" verletzt sei, zusteuerte, ohne sorgsam die Primärfrage zu untersuchen, ob nicht die Verletzung des Fahrgastes dem werkvertraglich geschuldeten Erfolg beeinträchtigte und demnach ein Werkmangel vorläge. [71] Die Nichteinhaltung dieser auf der Hand liegenden Prüfungsreihenfolge führte zwangsläufig zu einem im Ergebnis und in der Begründung unbefriedigenden Abgrenzungskriterium.

3. In der Folgezeit entwickelte die reichsgerichtliche Judikatur andere Kriterien zur Abgrenzung.

Bereits in einem zeitlich zwischen den oben angeführten Entscheidungen ergangenen Urteil [72] hat das Reichsgericht erstmals bei der Abgrenzungsproblematik des § 635 BGB auf das später immer wieder auftauchende Unmittelbarkeitskriterium abgestellt.

Zu entscheiden war folgender Fall:

Die Klägerin wollte ein Grundstück erwerben. Für die Festsetzung des Preises beauftragte sie einen Kreistaxator, der das Grundstück schätzen sollte. Der von dem Beklagten er-

---

70) Ballerstedt, aaO S. 727 zu RGZ 62, S. 119

71) Todt, aaO S. 76

72) RG vom 1o.7.19o6, RGZ 64, S. 41

mittelte Grundstückswert war zu hoch angesetzt, denn er hatte die auf dem Grundstück als Belastung ruhende Rente nur mit dem 12 1/2-fachen anstatt - wie richtig - mit dem 25-fachen Betrag in Abzug gebracht. Im Vertrauen auf die Richtigkeit der Taxe kaufte die Klägerin das Grundstück zu dem falsch geschätzten Wert. Mit der Klage machte sie den zuviel gezahlten Kaufpreis als Schadensersatz geltend (Grundstückstaxenfall) . Das Reichsgericht erklärte § 635 BGB für nicht anwendbar, weil "für den durch § 635 BGB gewährten Schadensersatzanspruch bei seiner Zusammenstellung mit den Forderungen auf Wandlung und Minderung, ebenso wie bei diesen, ein direkter Zusammenhang mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrag erforderlich ist, daß also der Schaden dem gelieferten Werk unmittelbar anhaften muß." Im Streitfalle aber handle es sich um einen Schaden, "der mit der Fertigstellung und Ablieferung des in Rede stehenden Werkes, nämlich der Taxe, nicht an sich vorlag, vielmehr erst später, als von dem Taxinstrument Gebrauch gemacht wurde, eingetreten ist. Man kann daher vorliegend nicht von einem Schaden sprechen, der unmittelbar mit der Vertragsleistung zusammenhängt." Für diesen, nicht über § 635 BGB auszugleichenden Schaden, haftet der Unternehmer" aus allgemeinen Grundsätzen (§ 276 BGB) ." [73]

Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist zweierlei. Zum einen soll es sich um einen Schaden handeln, der mit der

---

73) Das RG hat in ständiger Rechtsprechung die Rechtsfolgen des Schadensersatzes wegen positiver Vertragsverletzung unmittelbar aus § 276 BGB hergeleitet, obwohl diese Vorschrift nach richtiger Auffassung nur einen Haftungsmaßstab enthält, aber keine Rechtsfolge. Die Anspruchsgrundlage hätte vielmehr aus der rechtsähnlichen Anwendung der §§ 28o, 286, 325, 326 BGB (BGH: § 242 BGB analog), entnommen werden müssen.

Fertigstellung und Ablieferung des Werkes, der Taxe, noch nicht vorlag, sondern erst mit dem Gebrauch der Taxe. Der Schaden könne erst durch die Verwertung entstehen und demzufolge fehle es an dem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Werk. Das Reichsgericht verkennt dabei, daß die falsche Taxierung ein mangelhaftes Werk darstellt und bereits mit der Ablieferung der unrichtigen Taxe die Gefahr falscher Vermögensdispositionen geschaffen war. [74] Eine zwingende Mittelbarkeit des Schadens läßt sich jedenfalls aus der erst späteren Ingebrauchnahme der Taxe nicht entnehmen. Denn würde man nur auf die Ingebrauchnahme und auf den Zeitpunkt des Sichtbarwerdens des Schadens abstellen, käme man, vor allem im Hinblick auf die Anwendung des § 638 BGB, zu geradezu paradoxen Ergebnissen. So würde derjenige Schaden, der bereits zum Zeitpunkt des Verjährungsbeginns, bzw. der Übergabe und Abnahme des Werkes oder kurz danach durch die sofortige Verwertung der Taxe zu Tage tritt, noch unmittelbar mit dem Werk verhaftet sein und demzufolge § 635 BGB mit der kurzen Verjährungsfrist des § 638 BGB zur Anwendung kommen. Wohingegen, sollte der Besteller das Gutachten erst nach 7 Monaten seinen Vermögensdispositionen zugrundelegen, könnte er sich auf die "allgemeinen Grundsätze (§ 276 BGB)" mit der 3o-jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB berufen. Daß ein- und derselbe Schaden zwei verschiedenen Verjährungsfristen unterliegen solle, kann wohl nicht rechtens sein.

Zum anderen sind die Ausführungen über das Erfordernis des "direkten Zusammenhangs" (mit dem eigentlichen Werk) des über § 635 BGB zu ersetzenden Schadens durch Vergleich mit dem § 634 BGB verfehlt. Es kann aus dem Verhältnis von Wandlung und Minderung einerseits und dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung andererseits nicht zwingend gefolgert werden, daß, weil für die Forderung aus Wandlung oder Minderung "ein dirketer Zusammenhang mit den beiderseitigen Leistungen erforderlich ist", auch der Ersatzanspruch des § 635 BGB in unmittelbarer Verbindung mit dem mangelhaften Werk zu stehen

---

74) Todt, aaO S. 76

hat, "also der Schaden dem gelieferten Werk u n m i t t e l b a r [75] anhaften muß." Dieses Argument überzeugt nicht. [76] Das Reichsgericht verkennt, daß die drei Rechtsbehelfe im Werkvertragsrecht (Wandlung, Minderung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung) sich dem Grundgedanken nach gegenseitig ausschließen. [77]

Zudem steht außer Zweifel, daß bei Wandlung oder Minderung der Mangel dem Werk immanent sein, d.h. ein "direkter Zusammenhang mit der beiderseitigen Leistung aus dem Werkvertrag" bestehen muß, denn Wandlung und Minderung beruhen ja gerade unmittelbar auf der Tatsache, daß eine mangelhafte Leistung erfolgt ist.

Wenngleich nunmehr das RG mit dem Unmittelbarkeitskriterium, das hier erstmals für die Abgrenzung des Begriffspaares Mangel- und Mangelfolgeschaden aufgeführt wird, eine für die weitere Rechtsprechung des Reichsgerichts richtungsweisende Abgrenzungsformel entwickelt hat, so vermag diese Formel mangels eingehender, bzw. nicht folgerichtiger Begründung nicht zu überzeugen. Dennoch wird man dem gefundenen Ergebnis zustimmen müssen, da der Schaden nicht das mangelhafte Werk betraf, sondern sich erst an dem vertragsfremden, von der Sonderordnung nicht mehr gedeckten Rechtsgut (Vermögen) des Bestellers auswirkte.

---

75) Im Orginal gesperrt gedruckt

76) so auch Leineweber, Die Rechte des Bestellers gegen den Unternehmer beim Werkvertrag und das Anwendungsgebiet der kurzen Verjährung aus § 638 BGB, insbesondere die Frage ihrer Anwendbarkeit auf positive Vertragsverletzung, Dissertation, Göttingen 193o, S. 18

77) Ballerstedt, aaO S. 729

4. Das folgende Urteil des 7. Zivilsenats [78] zeigt die Schwächen in der Argumentation der reichsgerichtlichen Judikatur auf. Überdies stehen die Ausführungen dieser Entscheidung im Widerspruch zu den im Grundstückstaxenfall gewonnenen Ergebnissen. Der dem Gericht vorliegende Sachverhalt bezog sich nur auf die Lieferung einer Trockenluft-Kühlanlage für eine Schlachterei. Nach ca. 1 Jahr forderte der Unternehmer vom Besteller den noch nicht bezahlten Restkaufpreis. Der Beklagte erhob Widerklage und verlangte Schadensersatz, weil ihm infolge mangelhafter Beschaffenheit der Anlage Fleisch verdorben war.

Der Verjährungseinrede des Klägers bezüglich des Schadensersatzanspruches gab das Reichtsgericht mit der Begründung statt, es handle sich um einen unmittelbaren Schaden, der dem Anwendungsbereich der §§ 635, 638 BGB unterfiele (Kühlanlagefall). Der Beklagte könne sich nicht auf das in Bd. 64, S. 41, abgedruckte Urteil des Reichsgerichts berufen, denn der vorliegende Fall sei tatsächlich anders. "Die Kühlanlage ist bereits ...." bei Fertigstellung" und noch an diesem oder am nächsten Tage in Gebrauch genommen" worden. "Der Mangel des Werkes hat sich sofort herausgestellt ..... . Bei dieser Sachlage aber hat die Ingebrauchnahme nicht die rechtliche Bedeutung (?!) [79], die dem Gebrauch der Taxe in dem angezogenen Urteil beigemessen ist. Bei der Taxe stand der Schade, weil er überhaupt erst durch das Gebrauchen der Taxurkunde zur Existenz gelangen konnte, in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Vertragsleistung. Hier ist der Ersatzanspruch ..... aus dem Mangel selbst ohne weiteres Mittelglied erwachsen. Auch wenn der Beklagte die Anlage, weil sie nicht ordnungsgemäß funktionierte, überhaupt nicht in Gebrauch nahm, war ihm unter der Voraussetzung einer Vertretungspflicht der Klägerin ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gegen diese gegeben. Das Ge-

---

78) Ballerstedt, aaO S. 729

79) vom Verfasser eingefügt

brauchen der Anlage mit dem vom Beklagten behaupteten Mißerfolg bringt nicht den Anspruch selbst zum Entstehen, sondern gibt nur eine Grundlage für die Schadensberechnung. Es steht somit hier ein unmittelbar und direkt auf den Mangel des Werkes gestützter Anspruch in Frage .....".

Bezeichnend für die Unsicherheiten schon im Ausgangspunkt der Argumentation ist, daß das Reichsgericht vergleichbare, in entscheidenden Punkten identische Sachverhalte unterschiedlich würdigt und demzufolge widersprüchliche (rechtliche) Schlußfolgerungen zieht. Es ist nicht einzusehen, daß der Schaden im Kühlanlagefall bereits vor Ingebrauchnahme vorliegen soll, im Taxenfall dagegen nicht. Vorher ist die Kühlanlage doch lediglich mangelhaft, genauso wie im Taxenfall. In beiden Konstellationen ist bereits zum Zeitpunkt der Übergabe und Abnahme des mangelhaften Werkes im Falle des Vertretenmüssens des Unternehmers der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gegeben.
In den zu entscheidendenSachverhalten wurden indes nur diejenigen Schäden geltend gemacht, die gerade durch den Gebrauch des mangelhaften Werkes entstanden sind. Diese Schäden, obwohl von der Ursache her identisch, seien im Taxenfall mittelbar, im Kühlanlagefall hingegen unmittelbar mit dem Werk verhaftet. Die eigentliche Begründung für die unterschiedliche Behandlung, sieht das Reichsgericht darin, daß "bei dieser Sachlage die Ingebrauchnahme nicht die rechtliche Bedeutung hat, die dem Gebrauch der Taxe in dem angezogenen Urteil" (Grundstückstaxenfall) "beigemessen wird". Der Schaden sei im Grundstückstaxenfall erst durch die Ingebrauchnahme entstanden. Der Schaden im Kühlanlagefall sei jedoch sofort "ohne weiteres Mittelglied erwachsen".Letzten Endes stellt das RG wohl wiederum darauf ab, wann der Schaden auftritt. War es gleich nach der Übergabe, müßte es zu § 635 BGB, war es später, zu den allgemeinen Regeln führen. Daß diese Abgrenzung unglücklich ist, wurde bereits ausgeführt.

Selbst wenn man den Begründungen des RG für die Abgrenzung des Mangel- und Mangelfolgeschaden einen anderen Sinngehalt

zugrunde legt, ist zu kritisieren, daß das Reichsgericht im Rahmen des § 635 BGB die Schadensursache völlig vernachläßigt, sich mehr darauf konzentriert, daß der Schaden "dem Werk unmittelbar anhaftet" und somit das Schadensobjekt in den Vordergrund rückt, während es bei der Abgrenzung zu den Ansprüchen aus §§ 276 ff BGB mit der Formel "ohne weiteres Mittelglied" wieder kausale Erwägungen ins Feld führt. Diese Vermischung von divergierenden Kriterien [80] mußte, wenn auch nicht zwangsläufig, zu widerspruchsvollen Ergebnissen führen.

5. Gleichwie das Reichsgericht mit einer gewissen Beständigkeit und Einheitlichkeit an der Formel für den Mangelschaden als demjenigen Schaden, der "dem Werk unmittelbar anhaftet", festhielt, verzichtete das Reichsgericht im folgenden auf die bisher verwandten Kriterien für den Mangelfolgeschaden, wie "das positive Zuwiderhandeln gegen die pflichtgemäße Sorgfalt bei der Herstellung des Werkes", den Schaden, "der bei der Fertigstellung und Ablieferung des Werkes an sich noch nicht vorlag " und "erst durch den Gebrauch des Werkes auftrat."

Ausgangspunkt für die nunmehr präzisierte Formel war folgender Fall : [81]

Der Kl. bestellte bei der Beklagten einen Klavierstuhl, der ihm nach Fertigung umgehend geliefert wurde. Als er zwei Monate später den Klavierstuhl beim Klavierspielen benutzte, kam er mit dem Stuhl, weil sich plötzlich ein Stuhlbein löste, zu Fall und verletzte sich. Er verlangte Ersatz des durch den Unfall erlittenen Schadens (Klavierstuhlfall).

---

80) in PG JW 1911, S. 444 Nr. 6 wird diese Vermengung von gegensätzlichen Kriterien noch deutlicher

81) RG Warn 1911, Nr. 325, S. 259 = RG JW 1911, S. 444, Nr. 6

Das Reichsgericht stützte sich auf die vom Berufungsgericht angenommene positive Vertragsverletzung und führt aus :

"....Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß der Schaden, wegen dessen Ersatz gefordert wird, dem Werk selbst unmittelbar anhaftet und dem Besteller infolgedessen bereits ..... im Zeitpunkt der Abnahme des Werkes derart erwachsen ist, daß es zu seiner Entstehnung nicht noch des Hinzutritts eines besonderen selbstständigen Ereignisses bedarf. Ein Schaden, der nicht aus der mangelhaften Beschaffenheit des gelieferten Werkes selbst entspringt, sondern in der späteren Benutzung desselben und einem dabei vom Besteller erlittenen körperlichen Unfall seinen Grund hat, fällt aus dem Rahmen der in § 635 BGB dem Unternehmer auferlegten Haftung für Schadensersatz wegen Nichterfüllung heraus".

Während das Reichsgericht für die Schäden, die nach § 635 BGB ersetzt werden müssen, das Unmittelbarkeitskriterium beibehält, vollzieht es die Scheidung zu den allgemeinen Ansprüchen nunmehr durch das "Hinzutreten eines besonderen, selbstständigen Ereignisses". Diese Formulierungen blieben richtungsweisend für die weiteren Entscheidungen des Reichtsgerichts. [82] Damit entschied sich der 7. Zivilsenat des Reichtsgerichts für eine Abgrenzungsformel, die der Scheidung von Mangel- und Mangelfolgeschaden zwei deutlich divergierende Begriffspaare zugrundelegt. Das Reichsgericht hielt für die den § 635 BGB unterfallenden Mangelfolgeschäden den Schadensort, d.h. dort, wo sich der Mangel auswirkte, für ausschlaggebend, [83] wohingegen die darüberhinausgehenden Schäden nach dem kausalen Kriterium

---

82) RG vom 27.9.1918, RG Warn 192o, Nr. 33; RG vom 2o.9.1918, RG 95, S. 2; RG vom 5.3.1926, RG Recht 1926, Nr. 1667; RG vom 14.12.1926, RGZ 115, S. 122; RG vom 5.4.1938, RG JW 1938 ,1946, Nr. 7

83) Grimm, aaO S. 15

"des Hinzutretens eines besonderen, selbständigen Ereignisses" beurteilt wurden. [84] Diese inkongruenten, sich da überschneidenden, dort überlappenden Formeln, erklären die oft zuweilen uneinheitlichen Ergebnisse und Begründungen der Reichsgerichtsjudikatur. [85] Gleichwohl kann jene inkonsequente Abgrenzung dann erfolgversprechend sein und zu sachgerechten Ergebnissen führen, wenn von vornherein eine Distinktion aufgrund starrer Formen nicht oder nicht folgerichtig zu vollziehen ist. Dann können gerade diese unterschiedlichen Begriffspaare infolge einer gewissen Flexibilität den Einzugsbereich des § 635 BGB doch wieder sachgerecht erweitern.

6. Bereits in der nächsten Entscheidung [86] zeigt sich erneut eine Abweichung von dem den Nichterfüllungsschaden des § 635 BGB bisher kennzeichnenden Kriterium. Stellte das RG bis dato darauf ab, daß der Schaden "dem Werk unmittelbar anhaften" [87] [88] solle, so wird nunmehr für diesen Schaden gefordert, daß er "in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Mangel des Werkes stehen" müsse.

Dem vereinfachten Sachverhalt lag die Bestellung einer Wasserturbine und einer Dynamomaschine nebst Zubehör zur Verwendung für eine elektrische Lichtanlage zugrunde. Die gelieferte Anlage war mangelhaft. Nach erfolglosen Mängelbeseitigungsversuchen nahm die Beklagte das mangelhafte Werk zurück. Der Klä-

---

84) Das Unmittelbarkeitskriterium und der "Hinzutritt eines selbstständigen Ereignisses" werden auf den S.51 ff eingehend auf ihre Berechtigung untersucht

85) s. vorhergehenden Fall; so Grimm, aaO S. 15

86) RGZ 93, S. 158

87) Grundstückstaxenfall RGZ 64, S. 41; Klavierstuhlfall RG JW 1911, S. 444, Nr. 6

88) teilweise wurde auch auf den unmittelbaren Zusammenhang mit der Vertragsleistung abgestellt - Grundstückstaxenfall RGZ 64, S. 41; Kühlanlagefall RG Warn 1911, Nr. 235, S. 259; Schotteranlagefall RGZ 95, S. 4

ger verlangte nunmehr nach sieben Jahren Schadensersatz, weil er in dieser Zeit die vorhandenen älteren Turbinen, zu deren Entlastung die bestellte bestimmt gewesen war, zur Erzeugung des Lichtes hatte benutzen müssen (Turbinenfall).

Das Reichsgericht verneinte den Anspruch unter Berufung auf die §§ 635, 638 BGB. Es kämen für "die schadensbringenden Wirkungen einer fehlerhaften Werklieferung, trotz einer und neben oder nach einer wegen des Fehlers durchgeführten Wandlungsklage, die §§ 635, 276 BGB in Betracht (vgl. RGZ Bd. 58, S. 173, Bd. 71, S. 173). Auch ist nach der Begründung des vorliegenden Ersatzanspruches von der kurzen Verjährung des § 638 BGB auszugehen, weil hier für den behaupteten Schaden, berechnet nach dem Kraftverlust aus der Arbeitsleistung älterer Turbinen ..., ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Fehler der gelieferten Anlage anzunehmen ist."

Das RG erkannte mit der Abkehr von der Formel, daß der Nichterfüllungsschaden der Nachteil sei, der "dem Werk unmittelbar anhaftet," wohl selbst, wie dogmatisch unsauber diese Formulierung ist. Nach gefestigter Meinung ist der Schaden jener Nachteil, den jemand durch ein bestimmtes Ereignis an seinem Vermögen oder an seinen sonst rechtlich geschützten Gütern erleidet. [89] Ein Schaden kann demzufolge nicht einem Werk oder einer Sache unmittelbar anhaften, [90] sondern allenfalls am mangelhaften Werk auftreten oder in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Mangel des Werkes oder der mangelhaften Vertragsleistung [91] stehen. Immerhin resultiert der Schaden aus dem Fehler des Werkes oder der mangelhaften Vertragsleistung. Ob der unmittelbare Zusammenhang für die Scheidung beider Schadensarten brauchbar ist, soll an anderer Stelle [92] eingehendst untersucht werden.

---

89) Palandt-Heinrichs Vorbem. zu § 249 BGB Anm. 2

90) vgl. Todt, aaO S. 123

91) siehe Fußnote 88

92) siehe Seiten 52 ff

Des weiteren fällt bei der zitierten Entscheidung auf, daß das Reichsgericht in seiner Argumentation sich offensichtlich abermals in Widersprüche verstrickte. Gibt der Satz,"die Klage auf Ersatz besonderer schadensbringender Wirkungen einer fehlerhaften Werkleistung" sei "trotz einer und neben oder nach einer wegen des Fehlers durchgeführten Wandlungsklage" zulässig und "auf die §§ 635, 276 BGB" zu stützen, zu verstehen, daß die positive Vertragsverletzung als Anspruchsgrundlage herangezogen werden sollte, so ging es im nächsten Satz von § 635 BGB aus. Dieses Mißverständnis rückte das Reichsgericht in Bd. 95, S. 4, wieder ins rechte Licht: Es wies darauf hin, daß der erste Satz im Zusammenhang mit dem in der Klammer zitierten Urteil "RGZ 58, 173" zu interpretieren sei. RGZ 58, 173, stelle auf S. 178 klar, daß die §§ 633, 634 BGB zu § 635 BGB im Eventualverhältnis stünden und in diesem Sinne § 635 BGB auch neben Wandlung oder Minderung verfolgt werden könne. Durchdringen könne aber auch dann immer nur einer der drei Rechtsbehelfe.

Diese Ausführungen des Reichsgericht zu der Problematik des Verhältnisses von Wandlung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung sind im Ergebnis zwar richtig, lassen aber eine exakte Formulierung vermissen. Während mit dem Hinweis auf das Eventualverhältnis die Möglichkeit der eventualen Geltendmachung der drei Rechtsbehelfe im Prozeß zum Ausdruck gebracht wird, deutet der folgende Satz bereits die materiellrechtliche Stellung - das Alternativverhältnis - der §§ 633, 634 und § 635 BGB an. Diese Vermischung von materiell-rechtlicher Alternativität und prozessualer Eventualität wirkt umso verwirrender, als das Reichsgericht die Geltendmachung des Anspruchs aus § 635 BGB neben der Wandlung und Minderung zuläßt, also kumulative Aspekte anführt.

Die Grundaussage dieser Richtigstellung sollte wohl sein, daß die §§ 633, 634 und § 635 BGB im Prozeß im Sinne des § 260 ZPO eventual geltend gemacht werden können, materiell-rechtlich

jedoch im Alternativverhältnis [93] stehen. [94] Letzteres ist freilich aus dem Gesetz zu entnehmen. § 635 BGB spricht ausdrücklich von "statt" Wandlung oder Minderung. [95]

Das Reichsgericht stellte somit klar, daß das Schadensersatzbegehren gemäß § 635 BGB zu dem zuvor erfolgten Wandlungsbegehren durchaus nicht immer im Widerspruch stehen muß. Allerdings, so das Urteil in RGZ 95, S. 2, ist der Schadensersatzanspruch des § 635 BGB dann abzulehnen, wenn die Wandlung bereits vollzogen ist.

7. In einem anderen zur Entscheidung stehenden Fall [95a] hatte das Reichsgericht erstmals die Abgrenzung des Mangelschadens vom Mangelfolgeschaden nicht wegen der Verjährungsregelung des § 638 BGB zu behandeln, sondern wegen der Alternativität von Wandlung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Das RG hatte folgenden Sachverhalt zu prüfen:

Wegen des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft einer Schotteranlage hatte der Besteller Wandlungsklage auf Rückzahlung der Vergütung erhoben und obsiegt. Nach Vollzug der Wandlungs-

---

93) h.M. Soergel-Ballerstedt, § 635 Rdz. 1; Erman-Seiler, § 635 Rdz. 1; Palandt-Thomas, § 635 Anm. 2; für eine gemilderte Alternativität, Ballerstedt, aaO S. 732

94) zur Frage, ob d. Mangelfolgeschaden neben der Wandlung oder Minderung geltend gemacht werden kann, seihe Seite 38

95) Der erste Entwurf enthielt noch an Stelle des späteren "statt" "außerdem"; § 596 Abs. 3 alter Fassung: "Gründet der Mangel sich in einem von dem Unternehmer zu vertretenden Umstande, so hat der Besteller außerdem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung." Aus den Protokollen ist wenig zu den Änderungen zu entnehmen, vgl. Mugdan II S. 921, auch S. 669

95a) RGZ 95, S.2

klage und nach der Entfernung der Anlage erhob der Besteller erneut Klage und verlangte Schadensersatz mit der Begründung, daß er den geltend gemachten Betrag aufgewendet habe, um die Gebäude und die Unterlagen für die Maschinen herzustellen (Schotteranlagefall) .

Das RG wies die Klage wegen Vollzugs der Wandlung ab. In den Gründen stellte es zunächst darauf ab, ob der geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB oder aus § 276 BGB abzuleiten sei: "Das Oberlandesgericht unterscheidet ... zutreffend zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, den der Besteller eines Werkes nach § 635 BGB gegen den Unternehmer statt der Wandlung oder Minderung geltend machen kann, und dem aus § 276 BGB abzuleitenden weiteren Schadensersatzanspruch. Den Unterschied zwischen den beiden Ansprüchen findet es mit Recht darin, daß im ersteren Falle ein unmittelbarer Zusammenhang des Schadens mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrag gegeben ist, während der Schaden im zweiten Fall erst durch das Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses vermittelt wird, und daß er für den Besteller im ersteren Fall schon zu dem Zeitpunkt erwachsen sein muß, zu dem die kurze Verjährung nach § 638 BGB zu laufen beginnt, was im zweiten Fall nicht erforderlich ist."

Obwohl mit der Aussage, daß der Schaden im Sinne des § 635 BGB bereits bei Abnahme des Werks vorliegen müsse, wiederum ein unbrauchbares[96] Abgrenzungskriterium herangezogen wurde, ist nunmehr eine gewisse einheitliche Linie festzustellen. So wendet sich das RG endgültig von der Formel, daß der Nichterfüllungsschaden dem Werk unmittelbar anhaften müsse, ab und hält nur noch den unmittelbaren Zusammenhang mit den Werkleistungen (oder dem Mangel des Werkes) für maßgebend. Entspringt der Schaden jedoch nicht aus der mangelhaften Werkleistung (bzw. mangelhaften Werk), sondern hat er

---

96) siehe schon Seite 26

seinen Grund im "Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses" [97], wird der Ersatz nach den allgemeinen Bestimmungen geleistet. Bei diesen Formulierungen ist das Reichsgericht geblieben. [98]

Fragwürdig bleibt indes das im vorliegenden Fall gefundene Zwischenergebnis. Das Reichsgericht sah § 635 BGB als Anspruchsgrundlage für nutzlose Aufwendungen an, weil von dieser Vorschrift nur derjenige Schaden nicht erfaßt werde, der "erst durch das Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses vermittelt wird. "Diese Erwägungen vermögen nicht zu überzeugen. Aufwendungen, die der Besteller im Vertrauen auf die Vertragsmäßigkeit der Leistung nach deren Erbringung macht, betreffen nicht mehr das Erfüllungsinteresse, sondern ausschließlich das Integritätsinteresse des Gläubigers. [99] Es handelt sich in diesen Fällen um Aufwendungen, die im Hinblick und im Vertrauen auf die fehlerfreie Vertragsleistung getätigt wurden und ohne Mangel nicht nutzlos wären. [100] Mit diesen Ausgaben muß der Besteller zusätzliche Beträge aus seinem Vermögen entnehmen, die weder der Erfüllung des Vertrages dienen noch die mangelfreie Erfüllung ersetzen sollen oder können und daher über den Erfüllungswert des Vertrages hinausgehen [101] und damit die übrige Vermögenssphäre des Bestellers beeinträchtigen.

---

97) so bereits in RG JW 1911, S. 444, Nr. 6 - Klavierstuhlfall = RG Warn 1911, Nr. 235, S. 259

98) und hat im Schrifttum teilweise Anklang gefunden

99) Grimm, aaO S. 19; Jakobs, JuS 74, 341 ff; Todt, aaO S. 80; Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, bezeichnet diese Schäden als "weiteres Leistungsinteresse", das gleichwohl das Erhaltungsinteresse tangiert und sich mit ihm über schneidet, s. S. 36 und S. 52

100) Hierher gehören aber nicht Aufwendungen zur Beseitigung eines Mangels

101) vgl. Grundstückstaxefall; im Ergebnis richtig

Es liegt demnach ein Mangelfolgeschaden vor, dessen Ersatz nach den allgemeinen Regeln mit dem Anspruch aus positiver Vertragsverletzung zu verfolgen ist.

Damit wird das Ergebnis, zu dem das RG über die Annahme eines Mangelschadens gemäß § 635 BGB kommt, unrichtig, denn der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung kann nach herrschender Meinung neben Wandlung und Minderung geltend gemacht werden. 1o2)

Für sich betrachtet und unter Zugrundelegung des Anspruchs aus § 635 BGB haben die am Schluß der Entscheidung anklingenden Hinweise, wie: die Klägerin müsse sich vorher entscheiden, ob sie wandeln oder Schadensersatzanspruch fordern wolle, von der einmal getroffenen Wahl könne sie, nachdem sie mit der Wandlung durchgedrungen sei, nach § 635 BGB nicht mehr abgehen, durchaus den Charakter einer ratio decidendi, indem sie die Alternativität der Ansprüche aus §§ 633, 634 und § 635 BGB unterstreichen.

8. In den folgenden Entscheidungen hatte das RG die Distinktion der Mangel- und Mangelfolgeschäden wiederum bedingt durch die Verjährungsregelung des § 638 BGB vorzunehmen.

Infolge unsachgemäßer Verlegung eines Abflußrohres - die Handwerker des Beklagten verbanden die Abflußrohre lediglich dadurch, daß sie die Bleirohre stumpf aufeinandersetzten und die Stoßfugen mit Mörtel überstrichen -hatte sich alsbald an der Wand, welche die Zu- und Ableitungsrohre enthielt, Feuchtigkeit gezeigt. Den Abhilfeversuchen war zwar zeitweise Erfolg beschieden, 1o Jahre später indessen verstärkte sich die Feuchtigkeit und führte in dem benachbarten Mauerwerk und in dem Holzwerk des Hauses zu Hausschwammbildung (Blei-

---

1o2) Palandt-Thomas, Vorbem. v. § 633 BGB Anm. 4 e; Larenz, aaO § 53 II b

rohrfall). [1o3] Den in der Klage geltend gemachten Aufwendungsersatz hielt der Beklagte die Verjährung des § 638 BGB entgegen.

Das RG begründete die Ablehnung der kurzen Verjährung gemäß § 638 BGB damit, daß es sich nicht um Schadensersatzansprüche handle,die aus dem Werk selbst unmittelbar anhaftenden Mängeln hergeleitet werden würden, sondern um einen Anspruch, zu dessen Entstehung ein mit den Mängeln des Werkes nur in mittelbarem Zusammenhang stehendes besonderes Ereignis geführt hat. Diese Ansprüche verjähren nach § 195 BGB erst mit Ablauf der Frist von 3o Jahren.

Der Senat führt u.a. aus: "Der hier eingeklagte Schaden steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Vertragsleistung des Unternehmers. Die undichte Verbindung der Rohre macht die Anlage als solche nicht unbrauchbar, sie war trotz dieses Mangels für den Zweck, dem sie zu dienen bestimmt war, tauglich (!!). [1o4] In dieser Beziehung ist dem Kläger also kein Schaden erwachsen. ..... Der dem Kläger durch die Entstehung des Schwamms in seinem Hause erwachsene Schaden liegt demnach außerhalb der Brauchbarkeit der Anlage, steht aber mit ihrer unsachgemäßen Ausführung in mittelbarem ursächlichem Zusammenhange." Diese wenig überzeugende Begründung vermag nur im Ergebnis zu befriedigen. Daß die undichte Verbindung des Abflußrohres die Anlage als solche nicht unbrauchbar werden ließ, ist schwer verständlich, dienen die Ableitungsrohre doch insbesondere dazu, ein Abfließen des Schmutzwassers ohne jeglichen Wasseraustritt zu gewährleisten. Folgerichtig wurde gleichwohl das besondere Ereignis in dem Einsickern des Wassers und in der Entwicklung der vorhandenen oder hinzukommenden Pilzkeime gesehen, so daß die Verurteilung aus dem Gesichtspunkt der

---

1o3) RG vom 27.9. 1918 RG Warn 192o, Nr. 33, S. 44;

1o4) Anmerkung des Verfassers

positiven Vertragsverletzung zumindest in Anbetracht der vom RG entwickelten Abgrenzungskriterien gerechtfertigt erschien.

Mit dieser Entscheidung im Ergebnis unvereinbar hingegen ist das bereits besprochene, jedoch folgewidrige Kühlanlageurteil. [1o5] Den Hinweis der Revision auf dieses Urteil vermochte das Reichsgericht durch lapidare Sätze ohne eigentliche Begründung, wie: "Trifft nicht zu; die mangelhafte Beschaffenheit der Kühlanlage in dem dort entschiedenen Fall war eine unmittelbare Wirkung der Untauglichkeit des Werkes; der Tatbestand war ein wesentlich anderer", nicht zu entkräften.

Auch dies ist ein Symptom für die Unsicherheit der reichsgerichtlichen Judikatur, bedingt durch die Unschärfe der begrifflichen Grenzlinie zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden.

9. Das folgende Urteil [1o6] hatte sich damit zu befassen, ob nur der Schaden "anläßlich der Mängel des Werkes selber" oder auch der "unabhängig von dem hergestellten Werk" erlittene Schaden zur Anwendbarkeit des § 638 BGB führen könnte.

Der infolge einer feuchten Vorhalle in einem Badehaus ausgleitende Kläger erlitt einen Schenkelhalsbruch und machte den Beklagten für diesen Schaden verantwortlich (Badehausfall).

Das RG verneinte die Anwendbarkeit des § 638 BGB und damit den Mangelschaden, weil § 638 BGB sich nur auf solche Schadensersatzansprüche beziehe, "bei denen ein unmittelbarer Zusammenhang des Schadens entweder in einem fehlerhaften Zustande des abgelieferten Werkes liegt oder ursächlich auf den Mangel des Werkes zurückzuführen ist (RGZ 95,3)."

1o5) siehe dazu Seiten 28 ff

1o6) RG vom 19.2.1924 LZ 1924, Sp. 546, Nr. 8

Das RG hält somit stetig an dem für Mangelschäden entwickelten Abgrenzungskriterium "des unmittelbaren Zusammenhangs mit der Werkleistung" fest. [107] Umso unverständlicher ist die darauf folgende Interpretation dieser Formel, der Schaden müsse "also ursächlich auf einen Mangel des Werkes zurückzuführen" sein. Das Reichsgericht verkennt hier offensichtlich, daß durch diese Formulierung eine Abgrenzung zu weitergehenden Ersatzansprüchen nicht zu besorgen ist, denn für jeden wie auch immer entstandenen Ersatzanspruch ist Kausalität erforderlich. Wird gleichwohl für den Mangelschaden im Sinne des § 635 BGB nur auf den Kausalzusammenhang [108] von Mangel und Schaden abgestellt, so erfährt der Bereich der §§ 635, 638 BGB gerade jene uferlose Ausweitung, [109] die das Reichsgericht durch die Abgrenzung zum Mangelfolgeschaden (bzw. zur positiven Vertragsverletzung) vermeiden wollte.

10. In RG JR 1926 II., Sp 1020, Nr. 1351 setzte sich der 6. Zivilsenat erstmals, wenn auch nur andeutungsweise, mit der Frage auseinander, ob der entgangene Gewinn und die infolge der Mangelhaftigkeit des Werkes entstandenen Mehrkosten (nach vollzogener Wandlung) als Mangel- und Mangelfolgeschaden zu qualifizieren sind.

Der zur Entscheidung stehende Sachverhalt - die Klägerin hatte nach vergeblichen Versuchen eine mangelhaft gelieferte Ölpresse zu reparieren, die Wandlung erklärt und mit einer erneuten Klage Ersatz des entgangenen Gewinns, der Kosten für den Einbau und die Untersuchung der mangelhaften Presse und der

---

107) so bereits im Grundstückstaxenfall, Kühlanlagefall, Schotteranlagefall und im Bleirohrfall.

108) dabei sei jedoch darauf hingewiesen, daß der "unmittelbare Zusammenhang" zwar den Bereich der Kausalität tangiert, jedoch nicht konkret nur Ursächlichkeit ausdrücken soll. Siehe dazu Seiten 52 ff

109) Todt, aaO S. 82

Mehrkosten für eine neue Ölpresse begehrt - bedurfte (nach Auffassung des Reichsgerichts) zwar nicht der Entscheidung [1o9 a)] der eingangs aufgeworfenen Frage, ob es sich bei diesen Ansprüchen um Mangelschäden i.S.d. § 635 BGB handelte, gleichwohl wies das RG daraufhin, daß es sich bei diesen Ansprüchen vielleicht nur um Schäden oder Mängel handele, die dem gelieferten Werk unmittelbar anhaften (Ölpressenfall).

Während das Reichsgericht einige Sätze zuvor die fragliche Scheidung von Mangel- und Mangelfolgeschaden mit dem "unmittelbaren Zusammenhang des Schadens mit dem Mangel des Werkes" und dem "Hinzutritt eines besonderen selbstständigen Ereignisses" vornahm, greift es mit der Wendung "dem Werk unmittelbar anhaften" abermals auf eine fragwürdige Formel zurück. [11o)]

Bemerkenswert an dieser Aussage hingegen ist, daß der entgangene Gewinn und die Mehraufwendungen für die Maschinen, dem Werk unmittelbar anhaften sollen.

Hierbei verkennt der 6. Senat, daß der Umfang des entgangenen Gewinns sich aus der tatsächlich erbrachten Leistung und dem imaginär geschuldeten Werk ergibt, es ist also kein primär realer Schaden, sondern ein rechnerischer, [111)] die geltend gemachten Nachteile werden erst künftig fühlbar. [112)] Diese so gearteten Schäden sind als Vermögensfolgeschäden [113)] nur mittelbare und nicht unmittelbare Schäden. [114)] Gleichwohl

---

1o9 a) Die Veröffentlichung dieser Entscheidung enthält nur den kurzen Hinweis "wird ausgeführt". Eine Begründung fehlt.

11o) vgl. Seite 33

111) Larenz, Schuldrecht I, AT § 14 II b

112) Soergel-Schmidt, § 249 Rdz. 9

113) Erman-Sirp, § 249 Rdz. 9

114) h.M. Soergel-Schmidt, § 249 Rdz. 9; Erman-Sirp, § 249 Rdz. 1o, Larenz (Fußn. 111); Kreß,Lehrbuch des Allg. Schuldrechts, München 1929, S. 281

wird man dem RG hinsichtlich des entgangenen Gewinns eine gewisse Nähe zum Mangel des Werkes nicht absprechen können und damit dem gefundenen Ergebnis zustimmen müssen, denn es ist dem mangelhaften Werk immanent, daß es nicht gewinnbringend verwandt werden kann wie ein fehlerfreies. [115] Der entgangene Gewinn gehört m.E. zum typischen Riskio mangelhafter Werkvertragserfüllung. [116]

Darüberhinaus spricht für einen Schaden im Sinne des § 635 BGB, daß jeder Schadensersatzanspruch im Rahmen des § 635 BGB gemäß § 252 BGB den entgangenen Gewinn umfaßt. Zu trennen hiervon sind jedoch diejenigen Gewinnverluste, die der Besteller dadurch erleidet, daß er durch die mangelhafte Sache verletzt wird und infolgedessen seine Arbeitskraft nicht mehr gewinnbringend eingesetzt werden kann oder ein dritter Gegenstand, mit dessen Hilfe ein Gewinn erzielt worden wäre, zerstört wird. [117] Diese Schäden sind weitergehende, gemäß dem Abgrenzungskriterium des Reichsgerichts durch "Hinzutritt eines besonderen Ereignisses" ausgelöste, die körperliche Integrität, Eigen- und Fremdgüter betreffende Nachteile, die über das Institut der positiven Vertragsverletzung als Mangelfolgeschäden zu liquidieren sind.

Zum anderen muß hinsichtlich der nutzlosen Aufwendungen zwischen den Mehrkosten für die Untersuchung des Mangels und den Deckungskauf einerseits und den Kosten für den Einbau andererseits differnziert werden. Das Deckungsgeschäft bezweckt ausschließlich die Befriedigung des Vertragsanspruchs, es soll nämlich dem Besteller die Möglichkeit geben, sich in die Lage zu versetzen, in der er bei ordnungsgemäßer Erfül-

---

115) a.A. Laufs-Schwenger, aaO S. 1819, 1820 - der entgangene Gewinn hafte dem Werk nicht unmittelbar an, denn er sei ohne das Zutun des Bestellers nicht zu denken.

116) so auch Schlechtriem, Abgrenzungsfragen zur positiven Vertragsverletzung, in VersR 1973, S. 593

117) Grimm, aaO S. 17

lung sich befände, um einen eventuellen Gewinnentgang im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 BGB) zu verhindern, betrifft also ausschließlich das Leistungsinteresse [118] und ist durch den Mangel des Werkes unmittelbar verursacht. Die Einbaukosten sind indes nicht durch die mangelhafte Erfüllung veranlaßt, sondern lediglich nutzlos geworden. [119] Es fehlt daher an der Kausalität zwischen dem Mangel des Werkes und den Aufwendungen, so daß man an sich einen ersatzfähigen Schaden verneinen müßte. Bedenkt man hingegen, daß derartige Aufwendungen nur um eines bestimmten Zweckes willen, dessen Erreichung das Äquivalent für die Ausgaben darstellt, gemacht werden, etwa um das Werk funktionstauglich aufzustellen, so ist nicht zu verkennen, daß die Zweckvereitelung durch das mangelhafte Werk die im Vertrauen auf die Mangelfreiheit des Werkes getroffene Vermögensdisposition zu einem Schaden für den Besteller stempelt. Dieser Schadenstyp der nutzlosen Aufwendungen betrifft jedoch nicht den Erfüllungswert des Vertrages, denn der Besteller muß zusätzliche Beträge aus seinem Vermögen entnehmen, die weder der Erfüllung dienen, noch die mangelfreie Erfüllung ersetzen sollen oder können, so daß diese Schäden als Mangelfolgeschäden zu bezeichnen sind. [12o]

---

118) Todt, aaO S. 146

119) Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden, in AcP 163 (1964), S. 38o (394)

12o) Ulrich Huber, Zur Haftung der Verkäufer wegen Vertragsverletzung, in AcP 177 (1977), S. 297 (3oo). Im Kaufrecht beruht nach Huber die Haftung für die infolge des Mangels nutzlos gewordenen Aufwendungen auf einer Verletzung der vertraglichen Hauptpflicht des Verkäufers und ist ein Teil des Erfüllungsinteresses. Die Liquidation der vergeblichen Aufwendungen ist nur eine besondere Methode, den entgangenen Gewinn zu verrechnen. Ob diese Ausführungen im Kaufrecht Gültigkeit beanspruchen können, lasse ich dahingestellt; in das Werkvertragsrecht sind sie wegen der Verschiedenartigkeit der Leistungsinhalte nicht transformierbar.

11. Die nächste Entscheidung hatte sich abermals mit immateriellen Werkleistungen zu befassen: [121]

Eine gewerbsmäßige Auskunftei hatte dem Kläger auf dessen Verlangen eine ausführliche Einzelauskunft über die Bonität einer KG erteilt. Die dem Kläger übersandte Auskunft besagte nichts über die Vorstrafen des alleinigen Komplementärs wegen Betrugs und schwerer Urkundenfälschung. Die überaus günstigen Angaben veranlaßten den Kläger, gegen pfandweise Hingabe von Wertpapieren in Höhe von 8o.ooo,— RM einen Betrag von 5o.ooo,— RM für 6 Monate zu einem Jahreszins von 2o. v.H. von der KG zu entleihen. Nach Rückzahlung des Darlehens war die KG zur Rückgabe der Wertpapiere außerstande, da diese bereits von ihr veräußert worden waren. Der Kläger machte nunmehr den infolge der falschen Kreditauskunft erlittenen Schaden klageweise geltend (Kreditauskunftfall).

Das Reichsgericht ging zutreffend von einem Werkvertrag aus und wies die Verjährungseinrede der Revision mit folgender Begründung zurück: "Die Annahme, daß die Anwendbarkeit des § 638 BGB zu verneinen ist, wenn der Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, nicht unmittelbar und allein durch einen Mangel des Werkes, sondern nur durch das Hinzutreten eines besonderen selbstständigen Ereignisses herbeigeführt ist, steht im Einklang mit der reichsgerichtlichen Rechtssprechung. Im vorliegenden Falle muß die Veräußerung der verpfändeten Wertpapiere durch die Fa. A., welche die Schädigung der Klägerin unmittelbar verursachte, als ein derartiges selbstständiges Ereignis gelten."

Es fällt auf, daß das Reichsgericht, während es bisher für den Mangelschaden weitgehend lokale Kriterien, wie: Der Schaden müsse dem (mangelhaften) Werk oder der mangelhaften Leistung

---

121) RGZ 115, S. 122 ff; bereits mit immateriellen Werkleistungen befaßte sich das RG in RGZ 64, S. 41 (Grundstückstaxefall) und RGZ 62, 119 (Personenbeförderungsfall)

anhaften oder damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen, für ausschlaggebend hielt, sich nunmehr bei der Einordnung des Mangelschadens darauf berief, daß ein Schaden i.S.d. § 635 BGB nur dann vorliegt, wenn er unmittelbar und allein durch den Mangel des Werkes herbeigeführt, ergo verursacht wird. Damit wird ein kausales Kriterium für die Bestimmbarkeit des Mangelschadens eingeführt, so daß sich bei der Abgrenzung zum Mangelfolgeschaden mit dem Hinzutritt eines besonderen, selbstständigen Ereignisses zwei kausale Abgrenzungsmerkmale gegenüberstehen. Die Scheidung der beiden Schadensarten durch zwei im Grundgedanken übereinstimmende Begriffspaare wird somit verständlicher, konsequenter und dogmatisch sauberer, wenn auch nicht praktikabler. [122]

Dennoch wird man dem Reichsgericht zustimmen müssen, daß der vorliegende Schaden über die positive Vertragsverletzung zu liquidieren ist. Folgerichtig sieht das Reichsgericht in der Veräußerung der Wertpapiere den Hinzutritt eines besonderen, selbständigen Ereignisses, der Schaden folgt nicht unmittelbar zwingend aus dem Mangel des Werkes. Er ist ein die allgemeine Vermögenssphäre tangierender, über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden.

12. Zu welchen unbefriedigenden Ergebnissen und gewundenen Begründungen die vom Reichsgericht entwickelten Abgrenzungskriterien führen können, zeigt der nächste Fall besonders deutlich: [123]

Die Beklagten hatten für die Klägerin 1925 und 1926 Maurerarbeiten für den Nebenbau eines Geschäftshauses ausgeführt. Dabei war Bauschutt in einem Hohlraum unter der Treppe zurückgelassen, sowie zur Auffüllung von Baugruben verwendet worden. Bretter und Holzabfälle, die in dem Schutt verblieben waren, hatten

---

122) siehe dazu Seiten 55 ff

123) RG JW 1938, S. 1646, Nr. 7 = Seuff Archiv 92 (1938), S. 289, Nr. 119

Schwamm auf das umgebende Mauerwerk übertragen. Gelegentlich kleiner Bauarbeiten wurde im Jahre 1936 der Hausschwamm entdeckt. Der Kläger verlangte die Erstattung der Beseitigungskosten (Hausschwammfall).

Das Reichsgericht führte aus, daß, obwohl die Beklagte vergessen habe, den Bauschutt zu beseitigen, sie "zwar das vertragsmäßig von ihr herzustellende Werk errichtet" habe; "aber dieses hatte Fehler, die seinen Wert und die Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch minderten (§ 633 Abs. 1 BGB). Das bloße Vorhandensein von Holzteilen, in denen sich der Schwamm befand, in den Arbeitsräumen und im Hause unter der Treppe war ein solcher Mangel. ... Wenn der Schwamm später auf andere Teile des Hauses ... übergriff, so handelte es sich nur um die Vergrößerung des schon bei der Erbauung vorhandenen Mangels. Dieser Mangel hat also nicht einen Schaden angerichtet, der außerhalb des von der Beklagten herzustellenden Werks läge; .. Der Schaden steht sonach in unmittelbarem Zusammenhang mit der der Beklagten aus dem Werkvertrag obliegenden Leistung."

Es verblüfft hier einigermaßen, daß das Reichsgericht in dem Zurücklassen von Bauschutt einen Mangel des Werkes sah. Die Unternehmerleistung ist doch nur dann mangelhaft im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB, wenn sie nicht den Anforderungen entspricht, die sie nach dem vertraglichen Zweck haben muß [124] und wenn der Fehler den Wert und die Gebrauchsfähigkeit des Werkes herabsetzt. [125] Da das Bauwerk als solches entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen gefertigt wurde, kann aus dem "bloßen Vorhandensein von Holzteilen", [126] die nicht Bestandteile des Bauwerks sind, ein Mangel, der den Wert und die Gebrauchsfähigkeit des Werkes herabsetzt, nicht hergeleietet werden. Dabei muß auch Berücksichtigung

---

124) BGH BauR. 197o, S. 57

125) Palandt-Thomas, § 633 Anm. 1

126) so das RG

finden, daß zu dem damaligen Zeitpunkt eine Schwammausbreitung auf das Bauwerk zwar möglich, jedoch nicht sicher war. Eine Beeinträchtigung im Sinne des Fehlerbegriffs des § 633 Abs. 1 BGB des Werkes war jedenfalls nicht zu besorgen. Vielmehr verletzte die Bekl. ihre im Zusammenhang mit der Errichtung des Baues obliegende Sorgfaltspflicht, das Bauwerk nach Fertigstellung von Bauschutt und ähnlichen das Gebäude möglicherweise gefährdenden Materialien zu räumen. Die fahrlässige Pflichtverletzung ist der typische Fall der positiven Vertragsverletzung, [127] so daß auch infolge des Fehlens eines Mangels am Bauwerk auf die Abgrenzungsproblematik Mangel- und Mangelfolgeschaden nicht einzugehen war.

Selbst wenn man mit dem Reichsgericht ein mangelhaftes Werk annehmen wollte, vermag die Argumentation für die Annahme eines Mangelschadens gerade in Anbetracht der reichsgerichtlichen Abgrenzungskriterien nicht zu überzeugen. Das Reichsgericht konnte und mußte hier wohl von dem "Hinzutritt eines selbständigen Ereignisses" ausgehen. Der "Mangel" des Werkes hätte gewiß nicht den klageweise geltend gemachten Schaden verursachen können, wenn nicht, nach welchem Zeitraum auch immer, der Schwamm auf die Wände und Holzrahmen der Kellerfenster übergegriffen hätte. Wäre dieses Bindeglied - das Übergreifen - weggefallen, läge auch kein so gearteter Schaden vor. Der Schaden wurde somit durch ein besonderes, selbständiges Ereignis bewirkt.

Die Diskrepanz der vorliegenden Entscheidung mit dem vom gleichen Senat gefällten Urteil im Bleirohrfall , [128] in dem es in einem ähnlich gelagerten Fall ein "besonderes Ereignis" annahm, versuchte das Reichsgericht damit zu ent-

---

127) Köpcke, aaO S. 158, hält das Urteil aus diesem Grunde für eine glatte Fehlentscheidung

128) RG Warn 192o, Nr.33, S. 44

kräften, daß das damalige Werk ausschließlich in der Herstellung eines zweiten Spülsteins in der Küche und der Verbindung von Abzugsrohren bestanden habe und der Schaden, den die undichte Verbindung der Rohre verursacht habe, nicht an dem Werke, sondern außerhalb des herzustellenden Werkes entstanden sei. Diese Überlegungen treffen zwar zu, lassen indes nicht erkennen, warum in dem einen Fall ein besonderes Ereignis angenommen wurde, in dem anderen Fall nicht. Dennoch bringt das Reichsgericht beachtenswerte neue Gesichtspunkte für die Scheidung von Mangel- und Mangelfolgeschaden. Es stellt mit anderen Worten darauf ab, an welchen Rechtsgütern der Schaden auftritt. Tritt der Schaden am Werk selbst auf, liegt ein Mangelschaden im Sinne des § 635 BGB vor, wird jedoch ein anderes Rechtsgut, das außerhalb des Werkes steht, verletzt, so ist ein Mangelfolgeschaden gegeben. 129)

Letztlich wurde dem Einwand der Revision, die Verjährung könne nicht vor der Entstehung eines Anspruchs begonnen haben, der eingeklagte Anspruch sei aber erst lange Zeit nach der Erbauung des Hauses entstanden, zu oberflächlich entgegengehalten, der Anspruch auf Schadensersatz wäre schon mit der vertragswidrigen Verwendung des Bauschutts entstanden. Es ist m. E. schwer zu verstehen, daß ein Schadensersatzanspruch bereits in einem Zeitpunkt realisierbar sein soll, in dem ein Schaden noch nicht existent ist. Der entgangene ideelle Genuß (immaterieller Schaden im Sinne von § 253 BGB) an einem nicht durch Bauschutt verunreinigten Gebäude ist für die Vermögenslage der Klägerin jedenfalls unerheblich, eine Kommerzialisierung der immateriellen Güter hatte nicht stattgefunden, so daß nicht von einem ersatzpflichtigen Schaden gesprochen werden kann. 13o)

---

129) Diese erstmals von Larenz vorgeschlagene Distinktion wird auf Seite 142 eingehend besprochen

13o) Erman-Sirp, § 249 Rdz. 71; Medicus, Bürgerliches Recht, 7. Auflage 1975, Rdn. 83o

Ein - jedoch nicht streitgegenständlicher - Schaden war allenfalls in der Verunreinigung der Kellerräume durch Bauschutt zu sehen. Gleichwohl hätte die Klägerin vorerst nur Beseitigung verlangen können, denn der Anspruch auf Naturalrestitution gemäß § 249 BGB geht dem Anspruch auf Geldersatz vor (§§ 249, 25o, 251 BGB). Der klageweise geltend gemachte Schaden war hingegen nach dem Sachvortrag der Klägerin lange Zeit nach Erbauung des Hauses entstanden. Erst zu diesem Zeitpunkt, nach dem Übergreifen und Ausbreiten des Schwammes konnte der Schadensersatzanspruch auftreten. Die bloße Möglichkeit der Ausbreitung konnte zu dem damaligen Zeitpunkt die Annahme eines derartigen, konkreten Vermögensschadens und eines Ersatzanspruches nicht rechtfertigen. Denn der Primärzweck unseres Schadensrechts ist der Ausgleichszweck. [131] Ausgleich ist jedoch nur dann sinnvoll, wenn der Schaden bereits vorliegt. [132]

Zudem wäre, so auch die Revision, der Schadensersatzanspruch nach § 638 BGB bereits verjährt, falls, wie dann nachträglich nicht mehr festgestellt werden konnte, die Schwammbildung erst nach 5 Jahren eingesetzt hätte. Daß dies nicht rechtens sein kann, hätte dem RG Anlaß zur Überprüfung seiner Entscheidung geben müssen.

---

131) Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 95 ff

132) Der Fall, daß ein Schaden aus den gegebenen Umständen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit droht und demzufolge Abwehrmaßnahmen getroffen werden müssen, deren Ersatz vom zukünftigen Schädiger gefordert werden kann, liegt hier nicht vor.

II. Kritik der einzelnen vom Reichsgericht verwandten Abgrenzungskriterien

Diese oft doch recht uneinheitliche Palette der reichsgerichtlichen Abgrenzungskriterien erfordert auch im Hinblick darauf, daß die vom Reichsgericht gewonnenen Erkenntnisse in die neuere Rechtsprechung und Literatur Eingang gefunden haben, eine genauere Analyse der vom Reichsgericht entwickelten Formulierungen.

Als erstes fällt bei allen mit der Problematik befassten Leipziger Urteilen ins Auge, daß bei dem Versuch, eine normgerechte einheitliche, zweckmäßig und zugleich rationale Trennungslinie für die Mangel- und Mangelfolgeschäden des Werkvertragsrechts zu schaffen, die dogmatische Rechtfertigung vernachlässigt wurde. [133] Es erscheint jedoch angesichts der für das Problem der Distinktion unerlässlichen Auseinandersetzung mit der Auslegung der §§ 635, 638 BGB angebracht, die Regelungsabsichten, Zwecke und Normvorstellungen der Gesetzesredaktoren in die Überlegungen mit einzubeziehen. Dabei kann ebenso anstelle der historischen die objektive Gesetzesauslegung zu einer sinnvollen und interessengerechten Lösung führen. Die reichsgerichtliche Judikatur sah sich dennoch nicht veranlaßt, auch nur andeutungsweise auf jene dogmatischen und rechtshistorischen Gesichtspunkte einzugehen, [134] sondern versuchte vielmehr mit einer Vielzahl von teils kausalen, teils lokalen Abgrenzungsmaßstäben, bar jeder methodischen Begründung, den Anspruchsinhalt des § 635 BGB zu begrenzen, um sich dann für die "Unmittelbarkeit und das besondere selbständige Ereignis" zu entscheiden.

---

133) desweiteren fehlen Hinweise auf das Schrifttum, einzige Ausnahme RGZ 64, S. 41 - doch gibt der Hinweis auf Planck, 1. Aufl., Bem. 4 zu § 638 BGB nicht viel her

134) vgl. auch Ballerstedt, aaO S. 729

1. Allerdings war sich das RG vielfach uneins, womit der unmittelbare Zusammenhang des Schadens bestehen müsse, ob mit dem Werk, [135] den beiderseitigen Leistungen, [136] oder nur mit der Werkleistung des Unternehmers, [137] oder dem Mangel des Werkes. [138]

   Wie unsicher das Reichsgericht in der Handhabung der vorgeschlagenen Formulierungen für den Mangelschaden des § 635 BGB war, belegt der sog. Kühlanlagefall [139] In dieser Entscheidung wurden gleich alle 4 oben angeführten Variationen des unmittelbaren Zusammenhangs angeboten. Daß dies den Leser und Rechtsuchenden verwirrt und die Rechtssicherheit gefährdet, bedarf keiner weiteren Erörterungen.

   Immerhin muß man dem Reichsgericht zugestehen, daß das Kriterium des unmittelbaren Zusammenhangs allen späteren Entscheidungen zugrunde lag. Die Analyse des Unmittelbarkeitskriteriums erfordert vorerst eine Aufgliederung der vom Reichsgericht verwandten Formulierungen.

a) Zu trennen ist zwischen den Kriterien "der Schaden müsse mit dem Werk usw. in unmittelbarem Zusammenhang stehen bzw. dem Werk unmittelbar anhaften" [14o] einerseits und "der Schaden müsse aus dem mangelhaften Werk unmittelbar hergeleitet werden", [141] andererseits. Erstere beinhalten lokale, letztere kausale Erwägungen. Dabei ist die Scheidung

---

135) RGZ 64, S. 41; RGZ 71, S. 173; RG JW 1911 S. 444, Nr. 6

136) RGZ 71, S. 173; RGZ 95, S. 2

137) RGZ 71, S. 173; RG JZ 1924, Sp. 546 Nr. 8; RG JW 1938, S. 1646, Nr. 7

138) RGZ 93. S. 158

139) RGZ 71, S. 173

14o) siehe Fußn. 135 - 138

141) Bleirohrfall RG Warn 192o, Nr. 33, S. 44; Kreditauskunftsfall RGZ 115, S. 122 ff

der beiden Schadenskategorien nach dem "Fernegrad" [142] der eingetretenen Vermögenseinbußen nicht zu verwechseln mit der Frage des unmittelbar und mittelbar Geschädigten und der unmittelbaren und mittelbaren Verursachung des Schadens. Dieses so verstandene, lokale, objektbezogene Unmittelbarkeitskriterium kann m.E., für sich gesehen, kaum zu befriedigenden Ergebnissen führen.

Die Begriffe unmittelbar und mittelbar sind termini technici, die für die Scheidung der Mangel- und Mangelfolgeschaden keine klare, eindeutige Aussage treffen. Denn wann ist ein Schaden mit dem Werk unmittelbar, wann nur mittelbar verhaftet ? Die Schwierigkeiten einer exakten Trennung anhand dieser Abgenzungsmaßstäbe soll folgendes Beispiel verdeutlichen : Infolge einer falschen Grundierung am Kotflügel eines PKW`s weist der später von einem anderen Unternehmer aufgetragene Lack Blasen auf. Der nach einer gewissen Zeit auftretende Rost frißt Löcher in die Kotflügel. Zweifelsohne ist die erforderliche Neugrundierung ein Schaden, der mit dem Werk unmittelbar verhaftet ist. Zweifel bestehen schon hinsichtlich der Abschleifkosten des porösen Lacks. Kann auch die Neulackierung gleichermaßen als ein Schaden, der mit dem Werk in unmittelbarem Zusammenhang steht, gesehen werden, so ist doch die Lackierung gerade wegen der mangelhaften Grundierung schadhaft. Ist letztlich der Rostschaden nunmehr als mittelbarer Schaden zu werten, der keinerlei unmittelbaren Zusammenhang mit dem mangelhaften Werk mehr aufweist.?

Diese Fragen lassen erkennen, welch großer Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung, ob ein Mangel- oder Mangelfolgeschaden vorliegt, den Gerichten verbleibt, wenn sie nur auf das Kriterium der unmittelbaren Schadensnähe zum mangelhaften Werk (Leistung) angewiesen sind. So verwundert es auch nicht, daß die für die Lösung des Problems entscheidende Frage, worin

---

142) so Ganten, aaO VersR 1970, S. 1082

aber nun dieser unmittelbare Zusammenhang steht, häufig mehr oder minder offenbleibt. Dennoch, das muß dem Reichsgericht zugute gehalten werden, ermöglicht das Unmittelbarkeitskriterium, geradezu bedingt durch die fehlende Trennschärfe, in der Verjährungsfrage über den Umweg des § 635 BGB flexible, fallbezogene und sachgerechte Entscheidungen. Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese Vermittlungsversuche, die vornehmlich das Ziel haben, eine praktikable Lösung bezüglich der Verjährungsproblematik zu erreichen, weder methodisch noch dogmatisch zu überzeugen vermögen und somit das Gesetz verfehlen.

Versteht man hingegen den unmittelbaren Zusammenhang mit dem Werk dergestalt, daß der Schaden am Werk selbst auftreten, ihm selbst anhaften muß, so würde das bedeuten, daß § 635 BGB nur den Schaden beträfe, der dadurch zum Ausdruck kommt, daß das Werk infolge des Mangels einen geringeren Wert darstellt, als es ohne den Mangel der Fall sein würde. Der Schadensersatzanspruch des § 635 BGB wäre infolgedessen auf den Ersatz dieser Wertdifferenz beschränkt und folglich mit dem im § 635 BGB zitierten Minderungsanspruch identisch. [143] Da der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gleichwohl als weiterreichende dritte Möglichkeit im Rahmen des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts statt der Wandlung oder Minderung geltend gemacht werden kann, ist eine so verstandene Schadensbegrenzung mit der ratio legis des § 635 BGB nicht vereinbar. Darüberhinaus fehlt es nach der so vorgenommenen Unterscheidung an wichtigen Schadensposten. Der entgangene Gewinn wäre als eigentlich mittelbarer Schaden [144] somit nicht mehr unter den Minderwert des mangelhaften Werkes zu

---

143) Ganz DJZ 1909, Sp. 1435

144) Larenz, Die Notwendigkeit des gegliederten Schadensbegriffes, in VersR 1963, S. 6,7; Säcker, Die Haftung des Bauunternehmers für Mietausfall bei nicht termingerechter Fertigstellung des Hauses, in NJW 1967, S. 1403

subsumieren. Gleichwohl ist es in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, daß das Interesse des Gläubigers an der Erzielung eines Gewinns durch die erworbene Sache das Erfüllungsinteresse betrifft und zu dem nach § 635 BGB zu ersetzenden Schaden zählt. [145]

Das Reichsgericht selbst sah sich im Hinblick auf die Unschärfe des vorgeschlagenen lokalen Unterscheidungsmerkmals vereinzelt dazu veranlaßt, den Unmittelbarkeitsbegriff näher zu erläutern. So hat es in einer Entscheidung [146] ausgeführt, der Schaden müsse schon mit der Abnahme, bzw. Vollendung des Werkes vorliegen; trete der Nachteil erst lange nach der Fertigstellung des Werkes ein, so sei der Schaden mittelbar und nicht mehr unmittelbar mit dem Werk verhaftet. Wie unhaltbar diese "Auslegungsstütze" ist, belegt der vom Reichsgericht entschiedene Fall selbst. [147] Wird z.B. das den Grundstückspreis zu niedrig bewertende Gutachten zum Zeitpunkt der Übergabe oder kurz danach dem Grundstücksverkauf zugrunde gelegt, so tritt der Schaden sofort ein, ist mit dem Werk unmittelbar verhaftet und unterliegt der 6-monatigen Verjährung des § 638 BGB. Wird das Gutachten jedoch erst 1o Monate nach der Abnahme verwertet, so ist der Schaden mittelbar und kann über das Institut der positiven Vertragsverletzung 3o Jahre lang geltend gemacht werden. Daß ein- und derselbe Schaden verschiedenen Verjährungsfristen unterworfen ist, kann kaum mit dem Gesetz in Einklang gebracht werden.

b) Interpretiert man die geforderte Unmittelbarkeit als Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden, [148]

---

145) Grimm, aaO, S. 14; Hess, aaO S. 91; Säcker, aaO S. 14o3; BGHZ 46, S. 238 (24o); vgl. auch Seiter 42,43

146) RGZ 64, S. 41, Grundstückstaxenfall

147) RGZ 64, S. 41

148) So in diesem Sinne Adolph P., Die Haftung des Verkäufers, Vermieters und Werkunternehmers auf Schadensersatz für schuldhafte, mangelhafte Vertragsverletzung, Diss. Kiel, 1957, S. 81 ff; wohl auch Todt, aaO S. 117 ff

verläßt man also die Ebene der rein lokalen, objektbezogenen Begriffsbestimmung und wendet sich kausalen Gesichtspunkten zu, so ist der dem § 635 BGB unterfallende, spezifische Mangelschaden mit dem RG [149] als der Schaden zu definieren, der unmittelbar aus dem mangelhaften Werk ohne weitere Zwischenursachen hergeleitet wird. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob der so verstandene Unmittelbarkeitsbegriff als abstrakt am Kausalverlauf orientiertes Kriterium für die Abgrenzung der Mangel- und Mangelfolgeschäden geeignet ist.

aa) Die Schadensgliederung in unmittelbare und mittelbare Nachteile ist der Schadenslehre im allgemeinen fremd. [150] Allerdings war in der historischen Entwicklung des Schadensbegriffes eine Zweiteilung nicht unbekannt. Bereits das gemeine Recht hatte eine Unterscheidung zwischen unmittelbarem (direktem) und mittelbarem (indirektem) Schaden entwickelt. [151] [152] Im Preussischen Allgemeinen Landrecht findet sich in §§ 2, 3 Abs. 1, 6 [153] die Definition: "Wird ein (solcher) Nachtheil durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar genannt. Entsteht der Nachtheil zwar aus der Handlung oder Unterlassung, jedoch nur in Verbindung derselben mit anderen von ihr verschiedenen Ereignissen oder mit einer nicht gewöhnlichen Be-

---

149) RG Warn 1920, Nr. 33, S. 44; RGZ 115, S. 122 ff

150) Medicus, BGB, 7. Auflage § 33 IV, Rdn. 835; Michaelis, in Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. H. Siber, Band II, 1943, Beiträge zur Gliederung und Weiterentwicklung des Schadensrechts, S. 185 (203); Larenz, Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung, in NJW 1950, S. 487 (492)

151) Jul - Ulp D. 19, 1, 13 pr., 1

152) ob die römischen Quellen dabei richtig ausgelegt worden sind, ist zweifelhaft, Coing SJZ 1950, S. 865

153) siehe dazu Medicus, Unmittelbarer und mittelbarer Schaden, Schriftenreihe Juristischer Studiengesellschaften 131, 1977, S. 7 ff

schaffenheit der Person oder Sache, so ist ein mittelbarer Schade vorhanden." [154]

Diese Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden konnte sich bereits im 19. Jahrhundert nicht mehr durchsetzen. Im Anschluß an Mommsen, [155] der die Zweiteilung des Schadens als unbrauchbar verwarf [156] und einen einheitlichen Schadensbegriff entwickelte, [157] konnte der gegliederte Schadensbegriff im deutschen Recht nicht mehr Fuß fassen.

bb) Der Grundsatz der Einheitlichkeit des Schadens wird erstmals durchbrochen bei der Begrenzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Bekanntlich sieht der BGH einen rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb als gegeben an, wenn es sich um einen unmittelbaren Eingriff in die gewerbliche Tätigkeit handelt. Es genügt nicht, daß die Tätigkeit des Unternehmers nur mittelbar behindert wird. [158] Dieser Unmittelbarkeitsbegriff der hier zur Frage stehenden Problematik weicht jedoch in den entscheidenden Punkten von der des Werkvertragsrechts ab, so daß kein Bedürfnis für die Wiederaufnahme [159] der Schadensgliederung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden besteht. Zum einen setzt die Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB) einen unmittelbaren Eingriff in das Rechtsgut "Gewerbebetrieb"

---

154) diese Unterscheidung von mittelbaren und unmittelbaren Schäden hat Eingang gefunden in die Gesetzbücher Frankreichs, Italiens, der Niederlande und einiger lateinamerikanischer Länder, vgl. zum ganzen Rabel, aaO S. 477 ff

155) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht II, Zur Lehre von dem Interesse, (1855)

156) Mommsen, aaO, S. 255 ff, 296

157) Mommsen, aaO, S. 3

158) BGHZ, 7 S. 34; 23, 157; 29, 65

159) vgl. Seite 55

voraus, während der Mangel- oder Mangelfolgeschaden des Werkvertrages erst aus dem bereits mangelhaften Werk selbst unmittelbar oder mittelbar resultiert, das schadensstiftende Ereignis in der mangelhaften Lieferung des Werkes und nicht in einem unmittelbaren Eingriff liegt. Zum anderen ist die Unmittelbarkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb teleologisch, im Sinne einer notwendigen Zweckbezogenheit des Eingriffs zu verstehen, [16o] wohingegen eine zweckbezogene Auslegung des Unmittelbarkeitsbegriffs im Werkvertragsrecht schon aus der Natur der Sache abwegig ist. Ebensowenig kann die von Larenz [161] für die Fälle der hypothetischen Schadensursachen erörterte Schadensdifferenzierung des unmittelbaren und mittelbaren Schadens in die werkvertragliche Abgrenzungsproblematik Eingang finden. Denn die Begrenzung des Kausalverlaufs durch die Doppelung des Schadens in unmittelbar und mittelbar führt gerade bei der Frage der überholenden Kausalität zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten. Dies hat Rudolf Schmidt in AcP 152, S. 122 ff [162] überzeugend nachgewiesen. Zudem zeigen die von Larenz [163] vorgeschlagenen Definitionen des unmittelbaren und mittel-

---

16o) Larenz, NJW 1956, S. 1719, Anm. zum Urteil d. OLG München vom 21.3.1956; der BGH stellt entgegen Larenz auf die Betriebsbezogenheit ab, BGHZ 29, S. 65 (74); BGHZ 41, S. 123 (127)

161) Larenz, Die Notwendigkeit des gegliederten Schadensbegriffs, in VersR 1963, S. 1 ff

162) Schmidt, Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität, in AcP 152(1952, 1953),S. 122 ff

163) Larenz, Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung, in NJW 195o, S. 491

baren Schadens, [164] daß eine derartige Abgrenzung auf das Werkvertragsrecht nicht transformierbar ist. Der unmittelbare Schaden ergibt sich nach Larenz "aus dem Vergleich des Zustandes, in dem das durch die Schadenshandlung unmittelbar betroffene Objekt durch dieselbe verletzt worden ist, mit dem Zustand, in dem es sich bei Beginn derselben befand." "Mittelbar sind dann solche Schäden, " so führt Larenz aus, "die sich an das Schadensereignis entweder erst in zeitlicher Reihenfolge anschließen oder nicht an dem Schadensobjekt selbst, sondern nur mittelbar an dem Vermögen des Geschädigten hervortreten". Hierunter fallen nach Larenz z.B. Nutzungsschäden, entgangene Gebrauchsvorteile, Aufwendungen zum Ausgleich solcher Nachteile, alles Schäden also, die das Reichsgericht als durch die Werklieferung "unmittelbar" verursacht ansieht. [165] Wollte man diese von Larenz gegebene Definition auf den Werkvertrag anwenden, dann wäre allein der Minderwert der mangelhaften Sache "unmittelbarer Schaden". [166] Für die Verrechnung des reinen Minderwertes bietet aber bereits die Minderung einen ausreichenden Rechtsbehelf. [167]

cc) Wenngleich nun in zahlreichen älteren Gesetzen und dem vorliberaler Gemeinen Recht in verschiedener Weise zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden, zwischen "interesse intrinsecum", "circa rem" und "extra rem" [168] unterschie-

---

164) zwischenzeitlich hat Larenz zur hypothetischen Kausalität die terminologische Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Schaden wieder aufgegeben und gliedert jetzt in Objekt- und Vermögensschäden (Larenz, Schuldrecht I, § 27 II b 3, 11. Auflage, 1976, S. 349)

165) siehe RGZ 71, S. 173; RGZ 93, S. 158; RG Recht 1926, S. 5o8 Nr. 1667

166) Adolph, aaO S. 87

167) ist allerdings bei Bauleistungen VOB vereinbart, kann der Besteller nur dann mindern, wenn ein Nachbesserungsanspruch nicht besteht. § 13 Nr. 6 VOB, Teil B, vgl. Palandt-Thomas § 634 Anm. 6

168) D. 19, 1,23, und 19 , 1, 13 pr; zum Ganzen Rabel, aaO S. 475

den wurde, [169] erachteten es auch die Verfasser des BGB als nicht notwendig, die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Schaden erneut in das Gesetz aufzunehmen, beurteilten dies sogar als sehr gefährlich, [17o] und gaben damit endgültig die Zweiteilung auf. [171] [172]

dd) Freilich sprechen nicht nur diese grundsätzliche Haltung der Schöpfer des BGB und die vorherigen Ausführungen gegen die von der reichsgerichtlichen Judikatur vorgeschlagene Differenzierung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden. Auch Rabel [173] kommt in einer eingehenden Untersuchung des gemeinen Rechts, des Preussischen Allgemeinen Landrechts und der Gesetzbücher Frankreichs, Italiens und der Niederlande, der englischen und anglo-amerikanischen Gerichtspraxis [174] im Hinblick auf die Brauchbarkeit jener Schadensdifferenzierung zu dem Schluß, [175] daß "schließlich niemand zu lehren vermochte, wie man indirekten und direkten Schaden unterscheiden soll. In der Tat ist dieses Problem unlösbar". Nach weiteren Ausführungen schließt Rabel mit dem deutlichen Hinweis: [176] "Die Abscheidung des indirekten Schadens ist veraltet, vieldeutig und un-

---

169) siehe dazu auch Seite 56, Fußn. 151

17o) Mugdan II, S. 1o

171) Motive II, S. 17, 18

172) dies geht insbesondere auf Mommsen, aaO S. 255 ff, 296 zurück, der die Einteilung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden als unbrauchbar verworfen hatte

173) Rabel, aaO S. 475 ff

174) für die Schadensdifferenzierung im englischen und französischen Recht, vgl. auch die Ausführungen von Adolph , aaO S. 89 ff

175) Rabel, aaO S. 479

176) Rabel, aaO S. 491

brauchbar". [177]

c) Verwandte nun das Reichsgericht einmal kausale, ein andermal lokale Kriterien zur Spezifizierung des eigentlichen Mangelschadens, so begrenzte es den Schaden des § 635 BGB durch das für den Anspruch aus §§ 276 ff BGB entwickelte kausale Erfordernis vom "Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses". [178] Die Zuordnung zum Mangel- oder Mangelfolgeschaden hing fortan davon ab, ob der Schaden unmittelbar mit dem Werk (Leistung) verhaftet war oder die Mängel allein ursächlich für den Schaden waren - dann Mangelschaden - oder ob der Schaden erst durch den "Hinzutritt eines besonderen selbstständigen Ereignisses"entstanden war - dann Mangelfolgeschaden. Die damit verbundene abermalige Vermengung von lokalen und kausalen Begriffspaaren [179] konnte gleichwohl kein Licht in das Dunkel der reichsgerichtlichen Abgrenzungsmaßstäbe bringen.

Bereits Grimm [180] hat die Unbrauchbarkeit dieses neuen Kriteriums für die Lösung der Abgrenzungsproblematik gerügt. Er stellt dazu die Frage: "Was ist ein Ereignis?"

---

177) Selbst Larenz als einer der Verfechter des gegliederten Schadensbegriffes wandte, soweit ersichtlich, die Zweiteilung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden nur auf hypothetische Schadensursachen an, im Werkvertragsrecht hält er die Trennung zwischen Mangelschäden und Schäden an anderen Rechtsgütern für geeigneter.
Im neueren Schrifttum: Medicus, Unmittelbarer und mittelbarer Schaden, 1977. Auch Medicus hält die Aufteilung des Schadens in unmittelbar und mittelbar im Schadensrecht für nicht sehr geeignet (S. 18, 22), insbesondere das lokale Unmittelbarkeitserfordernis im Werkvertragsrecht für sehr bedenklich (s. 21, 22)

178) erstmals RG JW 1911, S. 444, Nr. 6; RGZ 95, S. 2; RG Recht 1926, S. 5o8, Nr. 1667; RGZ 115, S. 122 ff

179) Grimm, aaO S. 15

18o) Grimm, aaO S. 16

Nach Grimm kann man es dem Sprachgebrauch folgend dynamisch verstehen, dann bedeutet es ein Geschehen, das auf das mangelhafte Werk einwirkt und so zum Schaden führt. Interpretiert man es jedoch als Synonym für Ursache, dann umfaßt es nicht nur Geschehnisse, sondern auch Zustände. Im sog. Schotteranlagefall [181] beispielsweise verneinte das Reichsgericht für einen Zustand - die Existenz von Hallen- und Unterbauten, die Maschinen aufnehmen sollten, wegen der Mangelhaftigkeit des Werkes jedoch nutzlos wurden - den Ereignischarakter. Wie unsicher das Reichsgericht in der Handhabung des Ereignisbegriffes war, demonstrieren vor allem der Bleirohr- [182] und der Hausschwammfall. [183] So ließ es im ersteren Fall die infolge einer undicht verlegten Wasserleitung entstandene Schwammbildung als mittelbares Geschehen [184] und damit als Ereignis gelten, während es der Schwammbildung infolge des Zurücklassens von Bauschutt den Ereignischarakter absprach. Die Attribute "besonders " und "selbständig" können gleichfalls nicht überzeugen. Grimm führt dazu aus, daß "das Reichsgericht mit diesen Worten offenbar einen Umstand kennzeichnen wollte, der von der Existenz eines Werkmangels zu unterscheiden und unabhängig ist." Dabei bezweifelte er, ob man der bestimmungsgemäßen Benutzung eines Werkes die Attribute "besonders" oder sogar "selbständig" zugestehen kann. Die Diskrepanz der Leipziger Urteile in der Anwendung dieser Begriffe verdeutlicht Grimm [185] durch drei Entscheidungen. Im Grundstückstaxefall [186] erkannte

---

181) RGZ 95, S. 2

182) RG Warn 192o, Nr. 33, S. 44

183) RG JW 1988, S. 1646, Nr. 7

184) Grimm sieht in der Schwammbildung einen "Zustand".Dies ist unzutreffend, denn die Schwammbildung ist eine stetige chemische Aktivität

185) Grimm, aaO S. 16

186) RGZ 64, S. 41

das Reichsgericht, so behauptet Grimm, die Vorlage einer ungenauen Schätzurkunde beim Grundstückskauf als besonders selbständiges Ereignis an. Die Benutzung einer fehlerhaften Kühlanlage [187] hingegen ließ es nicht als solches Ereignis gelten. [188] Den Gebrauch eines dreibeinigen Klavierstuhls [189] wiederum hielt es für ein besonderes, selbständiges Ereignis.

Ferner ist es zweifelhaft, wann das Ereignis "hinzutreten" muß. Hinzutreten kann bedeuten, daß das Ereignis nach Abnahme bzw. Übergabe des mangelhaften Werkes erfolgt; so das Reichsgericht mit der Formulierung, der von § 635 BGB erfaßte Schaden müsse bereits mit der Abnahme des Werkes entstanden sein. Es könnte aber auch genügen, daß bereits vor Lieferung des mangelhaften Werkes zusätzliche Ereignisse stattfinden, wie im Schotteranlagefall, [19o] in dem die vorgenommenen Umbauarbeiten sich als nutzlos erwiesen, weil die Maschine mangelhaft war. Hätte das Reichsgericht den Hinzutritt der besonderen, selbständigen Ereignisses im Schotteranlagefall im letzteren Sinne interpretiert, wäre es nach den eigenen Abgrenzungsmaßstäben folgerichtig zu dem zutreffenden Resultat gekommen, die nutzlosen Aufwendungen den Mangelfolgeschäden zuzuordnen.

Letztlich bleibt die Frage offen, ob man bereits das Ausbleiben eines Geschehens infolge der Mangelhaftigkeit des Werkes als besonderes, selbständiges Ereignis werten kann, so in dem Fall des Nichtzustandekommens eines gewinnbringenden Geschäfts. Dann jedoch müßte der entgangene Gewinn als Mangel-

---

187) RGZ71, S. 173

188) in diesen beiden von Grimm zitierten Entscheidungen (Fußn. 186) 187), war die Terminologie der "besonderen selbständigen Ereignisse" zwar noch nicht konkret aufgeführt, dennoch ließen sie bereits erkennen, daß für die Annahme eines Mangelfolgeschadens ein hinzutretendes Geschehen hinzukommen müsse.

189) RG JW 1911, S. 444, Nr. 6

19o) RGZ 95, S. 2

folgeschaden über das Institut der positiven Vertragsverletzung liquidiert werden, obwohl er zweifelsohne als spezifischer Mangelschaden dem § 635 BGB unterfällt. [191]

Diese Ausführungen deuten an, daß eine klare Distinktion in Anbetracht der Schwierigkeiten die Bedeutung des Begriffs, den Wortsinn, zu erfassen, nicht möglich ist. Diese terminologischen Schwierigkeiten erklären vielleicht auch die oft uneinheitliche, manchmal widersprüchliche Entscheidungspraxis des Reichsgerichts.

Die Scheidung der beiden Schadensarten Mangel- und Mangelfolgeschaden kann infolgedessen weder durch die Aufteilung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden noch durch das Kriterium des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem mangelhaften Werk (der mangelhaften Vertragsleistung) noch durch den Hinzutritt eines besonderen selbstständigen Ereignisses vorgenommen werden. [192]

III. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(unter Einbeziehung der Oberlandesgerichtsurteile)

Die Analyse der im Anschluß an die reichsgerichtliche Judikatur ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung verdeutlicht, daß sich insbesondere der BGH von dem Erfordernis des

---

191) vgl. Seiten 41 ff

192) Oertmann, 5. Auflage, § 638 Anm. 5 führt dazu aus, daß durch die reichsgerichtlichen Abgrenzungsmaßstäbe "der Anwendungsbereich des § 638 BGB unleugbar sehr ins Ungewisse gerückt wird" und "man zweifeln kann, ob die vom RG grundsätzlich vollzogene Scheidung noch haltbar ist; weitere Nachprüfung ist dringend erwünscht."

"Hinzutretens eines besonderen selbständigen Ereignisses" nach und nach trennte und in dem Bemühen, praktikable und normgerechte Abgrenzungsmaßstäbe zu entwickeln, dem Schadensobjekt den Vorzug vor der Schadensverursachung gab.

1. Das OLG Stettin sah sich jedoch in seiner Entscheidung vom 7.11.1941 [193] noch nicht veranlasst, von der Rechtsprechung des Reichsgerichts abzuweichen. Die Beklagte hatte im Auftrag der Klägerin Isolierungsarbeiten für die Fernleitung einer Heizungsanlage vorgenommen. Bedingt durch die unvollständige Isolierung konnte Wasser austreten und die Rohre beschädigen (Rohrfall).

Das OLG führte aus, der Unterschied zwischen dem Anspruch aus § 635 BGB und dem aus § 276 BGB liege darin, daß "im ersteren Falle ein unmittelbarer Zusammenhang des Schadens mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrag gegeben ist, während der Schaden im zweiten Falle erst durch das Hinzutreten eines selbständigen Ereignisses vermittelt wird, und daß der Schaden im ersteren Falle für den Besteller schon zu dem Zeitpunkt erwachsen sein muß, in welchem die kurze Verjährung nach § 638 BGB zu laufen beginnt. ... Die Anwendung dieser Grundsätze muß dazu führen, daß im vorliegenden Fall die Fristen des § 638 BGB gelten." Der Schaden an der Rohrleitung wäre ebenso wie der die fehlende Isolierung selbstbetreffende Schaden "unmittelbar, ohne weiteres selbständiges Mittelglied, aus dem Mangel erwachsen; ... die Isolierung war für den Zweck, Feuchtigkeit von den Rohren abzuhalten, nicht brauchbar, und der Schaden hängt unmittelbar damit zusammen." Das OLG war weiterhin der Ansicht, die Isolierung sei mit der Folge der 5-jährigen Verjährungsfrist als Bauwerk im Sinne des § 638 BGB einzuordnen.

---

193) OLG Stettin HRR 1942, Nr. 274

Dieses Urteil illustriert abermals die anhand der reichsgerichtlichen Abgrenzungskriterien auftauchenden Schwierigkeiten, eine einheitliche und folgerichtige Trennungslinie zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden zu schaffen. Das hier gefundene Ergebnis steht in nicht zu übersehendem Widerspruch zu der Entscheidung des Reichsgerichts in RG Warn 192o, Nr. 33. [194] Der Hinweis des OLG, daß die mangelhafte Isolierung von Abflußrohren im Bleirohrfall das Werk selbst nicht unbrauchbar werden ließ, während die fehlerhafte Isolierung von Heizungsrohren das Werk unbrauchbar machte, disqualifiziert sich wohl selbst. Daß in dem einen Fall die Isolierung den Wasseraustritt, in dem anderen das Eindringen von Wasser an die Rohre verhindern sollte, kann eine unterschiedliche Behandlung in der Frage, ob das Werk brauchbar sei, sicherlich nicht rechtfertigen.

Die Brüchigkeit der hier kritisierten Entscheidung folgt indes nicht nur aus der unzutreffenden Würdigung zweier identischer Sachverhalte und der daraus resultierenden Widersprüchlichkeit von Ergebnissen, sondern insbesondere daraus, daß die vorgegebenen Tatsachen nicht folgerichtig unter die vom OLG verwandten, reichsgerichtlichen Abgrenzungskriterien subsumiert wurden. Denn erst der Wassereintritt und die dadurch ausgelöste Korrosion, nicht jedoch unmittelbar das mangelhafte Werk selbst, bewirkte den Schaden. So gesehen hätte das OLG ein selbständiges Ereignis und damit einen Mangelfolgeschaden annehmen müssen. Überdies wurden Gegenstände - die Heizungsrohre - außerhalb des geschuldeten Werkes beschädigt, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt der Schaden über die positive Vertragsverletzung zu liquidieren gewesen wäre. Für eine so verstandene Entscheidung kann die

---

194) Bleirohrfall, dazu oben S. 38 ff

Frage, ob die Isolierung eine Bauwerkleistung im Sinne des § 638 BGB darstellt und deshalb die Verjährungsfrist 5 Jahre beträgt, dahingestellt bleiben. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß die Isolierung von Heizungsrohren bestandteilsbegründende, einrichtungsähnliche Arbeiten umfaßt,die, entgegen der Ansicht des OLG, allenfalls als Arbeiten am Grundstück zu qualifizieren sind, mit der Folge, daß Ansprüche wegen Sachmängeln der einjährigen Verjährung unterliegen. [195]

2. Die reichsgerichtlichen Abgrenzungskriterien lagen gleichfalls, wenn auch etwas abgewandelt, der Entscheidung des OLG Celle vom 8.11.1957 [196] zugrunde.

Ein Wirtschaftsprüfer, der von einem Unternehmer mit der Aufstellung von Bilanzen beauftragt worden war, übersah bei seiner Tätigkeit mehrere bedeutende Fehlbeträge. Den durch das Nichterkennen der Fehlbeträge entstandenen Schaden forderte der Unternehmer vom Wirtschaftprüfer, der seinerseits Verjährung der Schadensersatzansprüche einwandte (Bilanzfall).

Das OLG wies die Einrede der Verjährung mit folgender Begründung zurück: Die kurze Verjährung des § 638 BGB gelte nur für Schadensersatzansprüche, bei denen der Schaden unmittelbar und allein durch einen Mangel des Werkes herbeigeführt worden ist. Wenn der Schaden - wie hier - nur mittelbar durch das Werk verursacht worden ist, sei § 638 BGB nicht anwendbar. In diesem Falle verjährt der Schadensersatzanspruch in 3o Jahren.

Hier macht es sich das OLG zu leicht. Der lapidare Satz, der Schaden sei mittelbar durch das Werk verursacht, verkündet ein zwar billigenswertes Ergebnis, ohne jedoch eine Begründung zu liefern und ohne auf die für den BGH dann doch aus-

---

195) von Craushaar, Bauwerksleistung im Sinne von § 638 BGB, in NJW 1975, S. 993 (998)

196) OLG Celle BB 1958, S. 1221

schlaggebende Frage, worin denn die mittelbare Verursachung zu sehen sei, einzugehen. Überdies sind Kausalitätserwägungen für die Abgrenzung nicht geeignet, denn jeder Schaden muß, um einen Ersatzanspruch auslösen zu können, ädäquat kausal verursacht worden sein.

Zu dem gleichen Ergebnis - die 3o-jährige Verjährung des Schadensersatzanspruches - gelangen auch Goldmann-Lilienthal [197] jedoch mit der m.E. unzureichenden Begründung, daß in dem Abschluß eines Bilanzerstellungsvertrages regelmäßig ein Garantieversprechen für sorgfältige Bilanzierung liege, so daß es sich um die Haftung aus dem besonderen Garantieversprechen, nicht um gesetzliche Mängelhaftung handle.

3. Der ersten zu dieser Problematik ergangenen Entscheidung des BGH [198] lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin hatte sich einer Schuhfirma gegenüber zur Lieferung von Werbefiguren (sogenannte "Wackelspatzen") verpflichtet, die an Straßenbahnwagen angebracht werden sollten; beim Fahren sollten sie dann aufgrund einer aus Blattfedern bestehenden Wackelvorrichtung in Bewegung geraten und die Aufmerksamkeit der Fahrgäste erregen. Die Spatzen wurden geliefert, aber schon nach einiger Zeit unbrauchbar, weil sie den Fahrterschütterungen nicht gewachsen waren und brachen. Der Schaden bestand im wesentlichen in dem geleisteten Entgelt für die Reklamefiguren und der Miete für die Reklamefläche, die der Auftraggeber an die Straßenbahngesellschaft zu zahlen hatte. Die Klägerin nahm nun hierfür den Beklagten als Hersteller der "Wackelspatzen" in Anspruch (Wackelspatzenfall).

---

197) Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Auflage, Bd. I, 19o3, S. 7o4

198) BGHZ 35, S. 13o ff

Der BGH hat die Klage wegen des Anspruchs auf Erstattung des zurückgezahlten Kaufpreises abgewiesen, da er der kurzfristigen Verjährung des § 638 BGB unterliege, den Anspruch auf Ersatz der nutzlos aufgewendeten Reklamegebühren hingegen zugesprochen. Zur Trennung der Ansprüche aus § 635 BGB und positiver Vertragsverletzung führte er aus: "In dieser Hinsicht kann zunächst davon ausgegangen werden, daß derjenige Schaden, der dem Werk unmittelbar anhaftet, weil er - wegen des Mangels - unbrauchbar, wertlos oder minderwertig ist, allein unter die Vorschrift des § 635 BGB fällt. Sonst bliebe für diese Vorschrift kein Anwendungsbereich. Da ferner jede Schadensersatzpflicht im Rahmen des § 252 BGB den dem Gläubiger entgangenen Gewinn umfaßt, gehört auch zum Schadensersatz nach § 635 BGB derjenige Gewinn, der dem Besteller, wäre das Werk mangelfrei, nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit zugeflossen wäre." Die Klägerin mache in diesem Fall Schadensersatz nach § 635 BGB geltend. "Denn in der Verpflichtung der Klägerin, den empfangenen Gegenwert des Werkes zurückzuerstatten, drücken sich dessen Wertlosigkeit, also der dem Werk unmittelbar anhaftende Schaden, sowie der der Klägerin infolgedessen entgangene Gewinn aus. Für den Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung kommen diejenigen Nachteile in Betracht, die den Besteller als weitere Folge des Mangels, also außerhalb des Werkes und des infolge des Mangels entgangenen Gewinns, erwachsen sind." Dies treffe hier zu, da die Klägerin dem Abnehmer die Reklamegebühren, die diese wiederum wegen der Mangelhaftigkeit des Werks nutzlos aufgewandt hatte, zu erstatten hatte. Ob an dem Erfordernis "der nicht ganz einheitlichen Rechtsprechung des RG" vom "besonderen Ereignis" festzuhalten sei, bedürfe im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, denn dieses Ereignis ist "in der Bezahlung der Reklamegebühren durch B. [199], die ihrer-

---

199) B. = Abnehmer

seits nicht durch die vom Beklagten angefertigte Wackelvorrichtung verursacht ist, aber zusammen mit dem Mangel zunächst den Schaden des B. und sodann auch den des Klägers hervorgerufen hat", zu sehen.

Hier klingt bereits an, daß der BGH einmal an der Zweckmäßigkeit des "besonderen selbstständigen Ereignisses" zweifelt und zum anderen den Mangelschaden des § 635 BGB nunmehr als "den Schaden, der dem Werk unmittelbar anhaftet, weil es - wegen des Mangels - unbrauchbar, wertlos oder minderwertig ist", bezeichnet, also sich von kausalen Kriterien abwendet, um lokale, das heißt am Leistungsobjekt orientierte Erwägungen zu bevorzugen. Dieses Kriterium für den spezifischen Mangelschaden des § 635 BGB wird in der folgenden Rechtsprechung des BGHs immer wieder herangezogen. Freilich wird das zugrundeliegende lokale Unmittelbarkeitskriterium nicht deswegen praktikabler, weil es durch den Zusatz "durch den Mangel unbrauchbar, wertlos oder minderwertig" erweitert wird. Neu ist ebenfalls das Kriterium für den Mangelfolgeschaden. Für die positive Vertragsverletzung kommen nach dem BGH alle diejenigen Einbußen in Betracht, die dem Besteller "als weitere Folge des Mangels, also außerhalb des Werkes erachsen sind". Diese Formel ist, deutet man sie als Unterscheidung nach dem Fernegrad, für eine exakte Abgrenzung zu ungenau und dehnbar, wenn auch der BGH damit für die Lösung des Problems einheitlich auf lokale Kriterien abstellt. Interpretiert man jedoch die Schäden "außerhalb des Werkes" als solche, die am sonstigen Vermögen des Bestellers auftreten [2oo], ist die Distinktion der Schadensarten nach den Schadensobjekten vorzunehmen. [2o1]

Nicht zu überzeugen vermögen die Ausführungen des BGH bezüglich des Anspruchs auf Ersatz der Mietkosten für die Reklamefläche. Der vorerst bei dem Abnehmer des Bestellers infolge der Unbrauchbarkeit des Werkes in Form der nutzlos aufgewandten Mietkosten

---

2oo) so Grimm, aaO S. 17

2o1) so ähnlich Larenz, aaO § 53 II b

auftretende Schaden ist zweifelsohne eine unmittelbare Folge des Mangels. [2o2] Dem BGH ist zwar darin zuzustimmen, daß die Zahlung der Reklamegebühren nicht durch die fehlerhafte Werkleistung verursacht wurde, dennoch wurde sie aber gerade wegen der Unbrauchbarkeit der Blattfedern nutzlos. Es ist abwegig, den Schaden nur deswegen nicht als unmittelbare Folge des Mangels, bzw. als nicht unmittelbar dem Werk anhaftend zu bewerten, weil nicht der Auftragnehmer, sondern letztlich die Klägerin für den Schaden einzustehen hat.

Der BGH kann sich ferner nicht mit Erfolg darauf berufen, die Zahlung der Reklamegebühr sei dem vom Reichtsgericht für den Mangelfolgeschaden entwickelten Kriterium des "besonderen Ereignisses" zuzuordnen. Ein "besonderes Ereignis" muß nach der reichsgerichtlichen Diktion zum Mangel des Werkes hinzutreten, um den so gearteten Schaden auszulösen. Der Schaden, die nutzlose Mietaufwendung, wurde aber durch das mangelhafte Werk selbst verursacht. Da der Endabnehmer zur Zahlung der Reklamegebühren aufgrund des Vertrages mit der Berliner Verkehrsgesellschaft verpflichtet war, könnte das besondere Ereignis allenfalls in dem vor Lieferung des mangelhaften Werkes abgeschlossenen Mietvertrag gesehen werden. Der Vertrag indessen war ein Teil des Gesamtvorhabens und notwendige Voraussetzung dieses Schadens. Ein besonderes Ereignis kann ebenfalls daraus nicht abgeleitet werden.[2o3] [2o4]

2o2) vgl. Ballerstedt, aaO S. 731

2o3) Todt, aaO S. 88

2o4) nach Ulrich Huber, aaO S. 33o, spricht für die Anwendung des § 635 BGB und damit für den Mangelschaden, daß die Klägerin, wären die Blattfedern Serienanfertigungen gewesen und hätte deshalb Kaufrecht gegolten (§651 Abs. 1 Satz 2, Halbsatz 1 BGB), mit ihrem Anspruch aus § 477 BGB gescheitert wäre. Weshalb es bei Einzellieferungen und daraus folgender Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts anders sein soll, sei nicht einzusehen.

4. In der folgenden Entscheidung zeigte das OLG Hamm [2o5] neue, wenn auch nicht überzeugende Aspekte für die Distinktion der beiden Schadensarten auf.

Das OLG hatte folgenden Sachverhalt zu beurteilen :

Die Klägerin verlangte mit der Klage Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden war, daß ein von der Firma X. für ihr Sägewerk geliefertes vollhydraulisches Sägegatter, dessen Installation die Bekl. in ihrem Auftrag vorgenommen hatte, aufgrund eines Schaltfehlers der Bekl. nicht richtig arbeitete und infolgedessen ein umfangreicher Holzverschnitt entstand (Sägegatterfall).

Das OLG sah im Holzverschnitt einen Mangelschaden im Sinne des § 635 BGB. Eine positive Vertragsverletzung könne nicht schon dann angenommen werden, wenn eine schlechte Werkleistung durch ihre bestimmungsgemäße (!) Weiterbenutzung weitere Schäden im Gefolge hat, die nicht zu beheben sind.

Weiterhin wies es auf die fehlende Einmütigkeit in der Scheidung der beiden Schadensarten hin. Auf den Meinungsstreit kam es jedoch nach Auffassung des Gerichts nicht an, denn weder nach dem reichtsgerichtlichen Kriterium des "selbstständigen, von außen hinzutretenden Ereignisses" noch nach der von Larenz vertretenen Auffassung von der Verletzung eines anderen Rechtsgutes sei eine positive Vertragsverletzung gegeben. "Hier ist durch die Fehlschaltung selbst der geltend gemachte Schaden nicht entstanden. Weder ist hierdurch ein anderes Rechtsgut der Kl. verletzt worden, noch kann der bestimmungsgemäße Gebrauch der Maschine, die infolge des Schaltfehlers ..... fehlerhaft arbeitete als ein von außen hinzutretendes selbstständiges Ereignis im Sinne der gebräuchlichen Begriffsbestimmung der positiven Ver-

---

2o5) OLG Hamm VersR 1962, S. 432 ff

tragsverletzung angesehen werden. Zwar wäre der Schaden nicht entstanden, wenn dem Beklagten oder seinen Leuten der Schaltfehler nicht unterlaufen wäre. Der Schaden wäre aber auch dann nicht entstanden, wenn die Kl. die mit der fehlerhaften Werkleistung behaftete Maschine nicht benutzt oder wenn sie den Fehler rechtzeitig bemerkt oder beseitigt hätte. Dies ist ein für die Abgrenzung entscheidender Gesichtspunkt, ohne daß es darauf ankommen könnte, ob der Kl. selbst insoweit ein Verschulden zur Last fällt. Der Schaden ist erst durch die bestimmungsgemäße Benutzung der mangelhaften Werkleistung und damit im Verantwortungsbereich der Kl. selbst entstanden. Wollte man auch so entfernte Folgeschäden als positive Vertragsverletzung auffassen, so würde das die Haftung des Werkunternehmers ..... für die Folgen von Werkmängeln in unangemessener Weise erhöhen. Das würde zur Folge haben, daß der Werkunternehmer nach Eintritt der Verjährung nach § 638 BGB zwar nicht für den Mangel selbst, wohl aber für die dann noch einzutretenden schädlichen Folgen des Mangels einzustehen hätte."

Die Gründe dieser Entscheidung können nicht überzeugen. Schon der erste hier aufgeführte Satz weist begriffliche Fehler auf. Gerade diejenigen weiteren Schäden, die durch die bestimmungsgemäße Inanspruchnahme einer mangelhaften Werkleistung entstehen, sind typische Mangelfolgeschäden und demzufolge über die positive Vertragsverletzung zu liquidieren. Diese so gearteten Schäden treten ja insbesondere auch deswegen auf, weil der Mangel des Werkes nicht erkannt oder nicht sofort oder überhaupt nicht beseitigt werden kann. Das OLG gab in diesem Zusammenhang zu bedenken, daß der Schaden, hätte man die mit der fehlerhaften Werkleistung behaftete Maschine nicht weiterbenutzt oder den Fehler rechtzeitig erkannt und beseitigt, nicht entstanden wäre. Diese Folgerungen sind sicher zutreffend. Gleichwohl verlieren sie in Verbindung mit dem unmittelbar anschließenden Satz: "Dies ist ein für die Abgrenzung entscheidender Gesichtspunkt" ihren Aussagewert. Denn für die Abgrenzung

zur positiven Vertragsverletzung sind diese Ausführungen völlig ungeeignet. [206] Die hypothetische Erwägung" der Schaden wäre nicht entstanden, wenn" ist ebenso wie die Frage nach den hypothetischen Schadensursachen ein Problem der Schadensberechnung, [207] kann demnach über die Art des Schadens und damit zur Frage, ob dieser Schaden über die positive Vertragsverletzung auszugleichen ist, keine zuverlässige Aussage treffen.

Diese Ausführungen können allenfalls zu der Überlegung veranlassen, ob aus den unterlassenen Maßnahmen eine Schadensminderung im Sinne des § 254 BGB angebracht ist. Dabei ist gleichwohl zu bedenken, daß gerade erst die bestimmungsgemäße Benutzung des Werkes den Mangel ans Tageslicht bringen kann. Im übrigen hat die Kl. durch ihre weitere Inbetriebnahme des Sägegatters wahrscheinlich den viel größeren Schaden verhindert, der duch den völligen Stillstand verursacht worden wäre. [208]

Ebensowenig vermag die Behauptung des OLG zu überzeugen, daß der Schaden durch die bestimmungsgemäße Benutzung der mangelhaften Werkleistung im Verantwortungsbereich des Kl. selbst entstanden sei. Dies weitergedacht bedeutet, daß jede vertrags- und bestimmungsgemäße Benutzung eines - dahingestellt, ob als mangelhaft erkannt oder nicht - Werkes zu dem absurden Ergebnis führen würde, daß dieser durch die Benutzung mitverursachte Schaden im Verantwortungsbereich des Bestellers liegt, mit anderen Worten, der Bestellter hätte den durch die mangelhafte Werkleistung mittelbar verursachten Mangelfolgeschaden selbst zu tragen. [209]

---

206) Oehm, VersR 1962, S. 434, Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 12.7.1961

207) heute h. M.; für viele Palandt-Heinrichs, Vorbem.v.§ 249 BGB, Anm. 5 ff

208) vgl. Todt, aaO S. 90

209) Wilcke, Folgeschaden und Unternehmerrisiko in der Haftpflichtversicherung, in VersR 1964, S. 107 (111) weist mit Recht darauf hin, daß diese Kriterien für die Abgrenzung der beiden Schadensarten nicht geeignet sind

Interessant ist ferner, daß das Gericht hier meint, es läge weder ein besonderes selbständiges Ereignis vor noch würde ein anderes Rechtsgut verletzt worden sein. Einmal wird der Schaden nur durch die Inbetriebnahme des Sägegatters ausgelöst. Fehlt dieses Zwischenglied, so entsteht, wie das OLG selbst ausführte, kein weiterer Schaden. Der Vorgang des Sägens ist somit typisch für ein besonderes selbständiges Ereignis. Zum zweiten wird zweifelsohne durch die mangelhafte Installation ein übermäßiger Holzabfall bewirkt und demnach ein außerhalb der Sonderordnung absolut geschütztes, mit dem Vertragsgegenstand nicht identisches Rechtsgut - das Eigentum an den Brettern - verletzt. [21o] [211]

Die Ausführungen des OLG lassen immerhin erkennen, daß es zumindest Zweifel hatte, ob den Kriterien des Reichsgerichtes weiterhin zu folgen sei, ohne daß es jedoch selbst praktikable Abgrenzungsmaßstäbe hatte vorschlagen können.

5. In der nächsten Entscheidung verwandte der BGH [212] zwar noch den Begriff des besonderen Ereignisses, stellte aber letztlich darauf ab, ob der Schaden außerhalb des Werkes entstanden ist.

Der beklagte Malermeister hatte für den Kl. Holzfenster mit einem neuen Anstrich versehen, ohne jedoch die alte Farbe gründlich zu entfernen und einen Voranstrich durchzuführen. Bald nach Beendigung der Arbeit blätterte teilweise die Farbe ab. Der Kl. ließ daraufhin ein Gutachten

---

21o) die fehlerhafte Ausführung eines Werkes stellt freilich noch keine Eigentumsverletzung dar, jedoch sicherlich dann, wenn im Zuge der damit verbundenen Benutzung eine bereits vorhandene Sache beeinträchtigt wird.

211) vgl. Oehm, VersR 1962, S. 434

212) BGH Schäfer-Finnern Z 2. 414 - Bl. 1o6

zur Schadensursache und Schadenshöhe anfertigen, dessen Kosten er im Klageweg u.a. geltend machte (Anstrichfall).

Der Ansicht des Berufungsgerichtes, daß es sich um einen Mangelschaden im Sinne des § 635 BGB handle, hielt der BGH entgegen, daß das vom Berufungsgericht vermißte besondere Ereignis, in der Bestellung des Gutachters durch den Kl. läge. "Hierdurch sind dem Kl. nicht als unmittelbare Folge des Mangels, sondern außerhalb des Werkes Nachteile, nämlich die Kosten des Gutachters, entstanden."

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen, wenn auch die Begründung Anlaß zu Bedenken gibt.

Der Schaden in Form der Kosten für ein Gutachten zur Feststellung der Mängel des Werkes beruht darauf, daß der Kläger aus seinem Vermögen Geldbeträge entnehmen muß. Er wirkt sich demnach an dem vom Werk isolierten Vermögen des Kl. aus. Die richtige Anspruchsgrundlage war somit - so auch der BGH - die positive Vertragsverletzung. [213]

6. In der Folgezeit setzten sich sowohl die Oberlandesgerichte wie auch der BGH über das Kriterium des selbstständigen Ereignisses stillschweigend hinweg.

Die Frage nach dem Inhalt des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB und unter welchen Umständen der Anspruch auf Schadensersatz in Natur gehen kann, beschäftigten den BGH in seiner nächsten Entscheidung. [214]

Unter Verkennung des Haftungsgrundes bejahte der Senat die Anwendbarkeit des § 249 Satz 1 BGB bei § 635 BGB. Die Entscheidung hat nicht nur deswegen im Schrifttum Kritik er-

---

213) so auch Laufs-Schwenger, aaO S. 182o; BGH NJW 1967, S.34o (341)

214) BGH NJW 1962, S. 39o

fahren. 215)

Der 7. Zivilsenat verurteilte den beklagten Architekten, der eine Drainageanlage nicht sorgfältig genug geplant und ihre Verlegung nicht ausreichend überwacht hatte, so daß Grundwasser in den Keller eindringen konnte, zur Verlegung einer neuen Drainage (Drainagefall).

Der BGH führte zur Begründung aus:

"Daß der Beklagte nach § 635 BGB haftet, wird von der Revision nicht geleugnet und vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler bejaht .... Der Anspruch aus § 635 BGB wird abweichend von § 249 BGB dann auf Entschädigung in Geld gehen, wenn der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangt und deshalb die beiderseitigen Leistungen abgerechnet werden müssen. Dies zu verlangen, ist der Besteller zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet. Er kann sich auch darauf beschränken, nur den in der Mangelhaftigkeit des Werkes liegenden Schaden geltend zu machen. Es besteht - jedenfalls im vorliegenden Falle - kein Grund, auf diesen Schadensersatzanspruch den § 249 BGB nicht anzuwenden." Der BGH erklärte den § 249 BGB deswegen für anwendbar, weil der Bauherr mit dem Begehren auf Verlegung einer neuen Drainage weder Erfüllung der ursprünglich geschuldeten Vertragsleistung noch die dem Architekten nicht mehr mögliche Nachbesserung dieser Vertragsleistung verlange.

Die für den vorliegenden Fall und die Abgrenzungsproblematik nicht relevante Frage, inwieweit auch beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB die Anwendbarkeit von § 249 Satz 1 BGB in Betracht gezogen werden muß, bedarf hier keiner eingehenden Erörterung. Dennoch ist eine kurze Randnotiz angebracht.

---

215) Schmalzl, in NJW 1962, S. 735 Anmerkung zum BGH-Urteil vom 23.11.1961, nur im Ergebnis zustimmend; Pieper, aaO S. 459 ff (460); Todt, aaO S. 92; a. A. Hess, aaO S. 95 ff, der die Entscheidung auch in der Begründung für zutreffend hält.

So verkennen Schmalzl [216] und Todt [217] in ihren kritischen Anmerkungen zu dieser Entscheidung, daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht begriffsnotwendig Geldersatz sein muß. [218]

In der Regel ist dieser Ersatzanspruch zwar durch Geldausgleich, in Ausnahmefällen [219] aber auch durch Naturalrestitution zu leisten. Dies ist heute allgemein anerkannt. [220] Wird allerdings eine mit der ursprünglichen Leistung wirtschaftlich identische gefordert, die den Erfüllungsanspruch praktisch wieder aufleben lassen würde, scheidet die Anwendung

---

216) Schmalzl, in NJW 1962, S. 735 weist darauf hin, daß der Anspruch aus § 635 BGB sich schon begrifflich nicht mit dem Prinzip der Naturalrestitution vertrage, weil dies zwangsläufig den Erfüllungsanspruch restaurieren würde, was dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ins Gesicht schlagen würde.

217) Todt, aaO S. 92

218) die früher vertretene, gegenteilige Auffassung (siehe u. a. Windscheid-Kipp, Pandekten II, 8. Auflage, 1900, S. 61; Kisch Wilhelm, Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 1900, S. 126 ff; heute noch Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 18 I, S. 90) wurde - so vereinzelt auch heute noch - damit begründet, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Gegensatz zur Erfüllung stehe, Naturalherstellung aber wieder Erfüllung sein würde. Nachdem sich aber dann Fälle gefunden hatten, bei denen sich ein Bedürfnis nach Naturalersatz als notwendig erwies, wurde diese Meinung fallengelassen.
Siehe zu diesem Problemkreis auch Hess, aaO (Fußnote 46) S. 95 ff, der die mögliche Anwendbarkeit des § 249 Satz 1 BGB bei § 635 BGB überzeugend darlegt und begründet.

219) Beispiele bei Pieper, aaO S. 411, 414

220) Staudinger-Werner, § 251 Rdz. 4; Esser, Bd. II, 1971, 4. Auflage, 78 II 1 c, S. 157; RGRK 11. Auflage, § 249 Anm. 7; Palandt-Heinrichs Vorbem. v. § 249 Anm. 2 g; Ludwigs-Ludwigs, Der Architekt, S. 193; Bulla, Zum Umfang der Schadensersatzpflicht des Verkäufers und Unternehmers wegen mangelhafter Leistung, in BB 1975, S. 445; Pieper, aaO S. 411

des § 249 Satz 1 BGB aus. [221] [222]

Dem vom BGH gefundenen Ergebnis kann damit, zumindest im vorliegenden Fall, zugestimmt werden, [223] denn der Kl. begehrt nicht die Erfüllung der ursprünglichen Vertragsleistung, d.h. die sorgfältige Planung, sondern nur gemäß § 249 BGB als Schadensersatz die Herstellung eines Zustandes, der bei vertragsgemäßer Leistung bestände, nämlich eine mangelfreie Drainage. Der an der Drainage auftretende Mangel haftet indes nicht unmittelbar dem Werk des beklagten Architekten an. Da die vertraglich geschützte Leistung des Architekten lediglich in der Planung der Drainageanlage bestand und nicht das Bauwerk selbst Vertragsgegenstand war, ist der an der Drainage entstandene Schaden eine weitere Folge der unzureichenden

---

221) Pieper, aaO S. 411

222) die von Schmalzl in 'Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers', 3. Auflage, 1976, S. 85, vertretene These, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur noch auf Geld geht, weil § 64o Abs. 2 BGB lediglich die §§ 633, 634 BGB ausschließe und demnach der Mängelbeseitigungsanspruch nicht über § 635 BGB in Form der Naturalrestitution wieder aufleben könne, überzeugt nicht. Denn gemäß § 64o Abs. 2 wird der Unternehmer der ursprünglichen Mängelbeseitigungsansprüche nur verlustig, wenn er in Kenntnis des Mangels annimmt. Diese Fälle sind äußerst selten. Vielmehr wird der Mangel meist versteckt sein und erst nach einer gewissen Zeit zutage treten, so daß aus der Vorschrift des § 64o Abs. 2 BGB eine generelle Negierung des Naturalherstellungsanspruches gemäß §§ 635, 249 Satz 1 BGB nicht gefolgert werden kann.

223) so auch Schmalzl, aaO (Fußnote 215), S. 736; Pieper, aaO S. 46o; Ludwigs-Ludwigs, aaO S. 192; Ullrich-Drevermann, Rechtslexikon für den Architekten, 1964, S. 2o4

Architektenleistung. [224] Die Klage auf Naturalherstellung hätte demnach auf den Haftungsgrund der positiven Vertragsverletzung gestützt werden müssen. Damit hätte man, da § 249 Satz 1 BGB nach herrschender Meinung auf das Institut der positiven Vertragsverletzung Anwendung findet, [225] über die Anspruchsgrundlage der positiven Vertragsverletzung das gleiche Ergebnis erzielt wie über § 635 BGB.

7. Da dieses Urteil des 7. Zivilsenats eine Anzahl höchstrichterlicher Entscheidungen einleitet, die sich mit dem Problem der Scheidung von Mangel- und Mangelfolgeschaden im Architektenrecht [226] befassen, und zudem die Analyse dieser Architektenfälle rationeller gestaltet werden kann, wenn diese in unmittelbarer Folge behandelt werden, wird nunmehr bei der Darstellung der Entscheidungen teilweise auf eine zeitliche Reihenfolge verzichtet.

a) Bereits in der nächsten Entscheidung setzte sich das OLG Köln [227] in Widerspruch zu der Entscheidung des BGH im Drainagefall. [228]

Dem Urteil des OLG Köln lag folgender, vereinfachte Sachverhalt zugrunde:

---

224) ein spezifischer Mangelschaden ist jedoch dann anzunehmen, wenn die Mangelhaftigkeit der Architektenleistung sowohl in der Planung als auch in einer vertraglich übernommenen Bauleitung lag. Siehe Seiten 92 ff, mit eingehender Begründung. Im vorliegenden Fall war hingegen aus dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, daß auch die Bauleitung Vertragsgegenstand war.

225) für viele Erman-Battes, § 276 BGB Rdz. 1oo; Ludwigs-Ludwigs, aaO S. 192, BGHZ 11, S. 8o (84)

226) es wurden nur die wichtigsten Entscheidungen ausgewählt; vgl. ferner BGH NJW 6o, S. 198; BGHZ 31, S. 224;OLG Celle NJW 1962, S. 494; BGH NJW 1964, S. 647

227) OLG Köln VersR 1962, S. 992

228) BGH NJW 1962, S. 39o

Auf die Klage eines auch mit der Bauleitung beauftragten Architekten, der seine restlichen Werklohnforderungen geltend machte, erhob der beklagte Bauherr Widerklage auf Schadensersatz wegen unzureichender Architektenleistung. Die mit der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzansprüche wurden u.a. darauf gestützt, daß der Architekt es einmal versäumt habe, darauf hinzuweisen, daß die auf ausdrückliche Anweisung des Bekl. erfolgte Änderung seiner Planung bezüglich des Küchenkamins einen Verstoß gegen Bauvorschriften und damit die Stellegung des Kamins nach sich ziehen würde. Zum anderen seien infolge mangelhafter Isolierung an den Außenwänden in die teilweise zu Wohnzwecken verwandten Kellerräume Sickerwasser eingetreten. Die Feuchtigkeitsschäden hätten eine nochmalige Isolierung notwendig gemacht. Der Architekt habe es versäumt, den Bauherrn dahingehend zu beraten, daß durch die Tieferlegung des Waschküchenbodens die ursprünglich ausreichendes Isolierung beseitigt werden würde und damit den Mauerwerken der Schutz gegen eindringende Feuchtigkeit genommen werde (Sickerwasserfall).

Das OLG gab den zur Widerklage gestellten Schadensersatzansprüchen statt und vollzog die Scheidung der zur Diskussion stehenden Schadensarten und damit der Anspruchsgrundlagen aus positiver Vertragsverletzung und § 635 BGB unter Berufung auf Schmalzl in NJW 1962, S. 736, mit dem trivialen Satz:

"Die Ansprüche des Beklagten ergeben sich aus positiver Vertragsverletzung, denn die festgestellten Mängel haften nicht unmittelbar dem Werk des Kl. an, sondern sind durch seine unzureichende Architektenleistung als deren weitere Folgen entstanden." [229)]

---

229) Besprechung des Urteils siehe Seiten 96 ff

b) Der Sachverhalt im nächsten Architektenfall [23o] entspricht im wesentlichen der vorhergehenden Fallkonstellation. Infolge einer fehlerhaften Planung war die Garage des beklagten Bauherrn zu kurz geraten, um einen Pkw aufnehmen zu können. Der Bauherr erhob Widerklage auf Schadensersatz wegen dieser fehlerhaften Architektenleistung [231] Ein Novum zum letztgenannten Urteil war allerdings, daß der Architekt nur mit der Planung, nicht dagegen mit der Bauleitung und örtlichen Baufaufsicht betraut worden war (Garagenfall).

Der BGH war mit dem Ber.Ger. der Auffassung, daß die Grundsätze über die positive Vertragsverletzung hier nicht anwendbar seien. Unter Berufung auf BGHZ 35, S. 13o, wiederholt der BGH die dort aufgeführten Kriterien, [232] betont jedoch, daß diejenigen Schäden, die als weitere Folge des Mangels, also außerhalb des Werkes, erwachsen sind, nicht notwendig unter § 635 BGB fallen müssen. Der 7. Zivilsenat führt dazu weiter aus:

"Es kann im Einzelfall zweifelhaft sein, wo die Grenze zwischen den beiden Arten von Schadensersatzansprüchen zu ziehen ist. Sie wird häufig flüssig und es wird nicht möglich sein, sie von vorneherein durch festgelegte, alle denkbaren Fälle erfassenden Merkmale zu bestimmen". Der BGH sah § 635 BGB als die hier gegebene Anspruchsgrundlage an, weil zwischen dem Schaden und dem Mangel ein enger, unmittelbarer Zusammenhang bestünde. Der BGH begründete

---

23o) BGH 37, S. 341

231) der konkrete Schaden ist der Veröffentlichung leider nicht zu entnehmen

232) siehe Seite 68

diese Auffassung mit der Verkörperung des Planentwurfs des Architekten im Bauwerk. "Der geistige Beitrag des Architekten soll erst seinen Ausdruck in der Tätigkeit der den Bau Ausführenden finden, und Fehler, die ihm bei der Planung unterlaufen, erhalten erst ihre eigentliche Bedeutung in dem Bau selbst."

Die Frage, inwieweit ein Unterschied hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist im Sinne des § 638 BGB besteht, wenn der Architekt zu der Planungstätigkeit auch noch die Oberleitung und örtliche Bauaufsicht übernimmt, hat der BGH offen gelassen. [233)]

c) Mit Urteil vom 2.5.1963 befasste sich der 7. Zivilsenat [234)] mit der Frage der Abgrenzung von Gewährleistung und positiver Vertragsverletzung bei Aufsichtsfehlern des Architekten.

Der neben der Planung auch mit der örtlichen Bauaufsicht beauftragte Architekt hatte den Rohbau eines Einfamilienhauses mit zu schwachen Fundamenten entgegen seinem ursprünglichen Planentwurf ausführen lassen sowie unter Verletzung seiner Bauaufsichtspflicht verschiedene Mängel des Mauerwerks nicht bemerkt. Die Kl. hatten dann alsbald den Rohbau abbrechen lassen, da er unbrauchbar war. Da bereits 23.000,-- DM an den später in Konkurs fallenden Unternehmer bezahlt worden waren, verlangten sie vorerst 2.000,-- DM, mit Klageerweiterung 17.000,-- DM, Schadensersatz von dem Architekten (Rohbaufall).

---

233) zur Fallbesprechung siehe Seiten 99 ff

234) BGH JZ 1963, S. 596 = VersR 1963, S. 881

Die Klageerweiterung in Höhe von 17.ooo,-- DM wurde unter Hinweis auf § 638 BGB abgewiesen. Bei der Vorfrage nach der Anspruchsgrundlage knüpfte der Senat an seine früheren Abgrenzungsmaßstäbe an. [235] Das vertragswidrige Verhalten hat nach Ansicht des Senats "nicht nur dazu geführt, daß der Rohbau Mängel hat, sondern auch dazu, daß das Architektenwerk des Beklagten ebenfalls Mängel hat, die diesem unmittelbar anhaften. Denn Bauwerk und Architektenwerk hängen ihrerseits unmittelbar zusammen (BGHZ 37, S. 341, 343 bis 344)". Der BGH führte weiter aus, daß die Unmöglichkeit oder der Leistungsverzug keine geeigneten Kriterien für die Abgrenzung der Anspruchsgrundlagen seien, weil weder § 635 BGB noch die positive Vertragsverletzung auf Unmöglichkeit oder Verzug beruhen, sondern "auf sonstiger Vertragsverletzung (Schlechterfüllung)". Abzustellen sei nicht auf das schadensstiftende Ereignis, sondern vielmehr auf die Art des Schadens. Ein weiterer Schaden sei auch nicht dadurch entstanden, daß der beklagte Architekt die Kl. zur Zahlung an den Bauunternehmer, der später alsbald in Konkurs fiel, veranlaßt hatte. Dieser Schaden würde dem Werk des Bauunternehmers und damit auch dem Architektenwerk unmittelbar anhaften. In der Zahlung "drückt sich gerade der d e m A r c h i t e k t e n w e r k a n h a f t e n d e [236] Schaden aus. Es ist derselbe Schaden, gleichviel, ob man ihn darin sieht, daß das von der Kl. an den Bauunternehmer bezahlte Werk mangelhaft ist, oder darin, daß die Kl. das mangelhafte Werk an den Bauunternehmer bezahlt haben." [237]

---

235) siehe Drainagefall und Garagenfall; § 635 BGB kommt für alle Schäden in Betracht, die "dem Werk unmittelbar anhaften, weil es wegen Mängel unbrauchbar, wertlos oder minderwertig ist", positive Vertragsverletzung für solche Nachteile, die dem Besteller "als weitere Folge der Mängel außerhalb des Werkes erwachsen" sind

236) vom BGH gesperrt gedruckt

237) Kritik und Stellungnahme siehe Seiten 1o2 ff

d) Die nur in den Leitsätzen veröffentlichte Entscheidung des OLG Karlsruhe [238] zur mangelhaften Architektenleistung bleibt auf der Linie der bisherigen BGH-Rechtsprechung, wonach der mit der Bauplanung, der Oberleitung und örtlichen Bauaufsicht betraute Architekt nach § 635 BGB haftet, wenn Mängel infolge fehlerhafter Architektenleistung am Bauwerk auftreten. Dazu Leitsatz 2 und 3 der Entscheidung :

> 2) Die unzureichende Abdichtung der Umfassungsmauern und des Kellerunterbodens wegen Erdfeuchtigkeit, das Fehlen einer Drainage zur Ableitung des Wassers sowie das Unterlassen anderer Maßnahmen zur Abwehr von Grund- und Drängwasser sind Mängel, die dem Bauwerk unmittelbar anhaften. Sie fallen daher allein unter die Vorschrift des § 635 BGB und erfüllen nicht den Tatbestand einer positiven Vertragsverletzung.
>
> 3) Zu dem nach § 635 BGB zu ersetzenden Schaden gehört gemäß § 252 BGB auch der Mietzins, der dem Bauherrn durch die mangelhafte Herstellung des Bauwerks entgangen ist" (Drainagefall 2). [239]

e) Neben der Frage, ob die infolge einer fehlerhaften statistischen Berechnung am Bauwerk auftretenden Schäden über § 635 BGB oder über das Institut der positiven Vertragsverletzung abzuwickeln sind, nahm der BGH [24o] zum Umfang der Beratungspflicht eines Architekten und den aus der Verletzung dieser Pflicht sich ergebenden Schadensersatzansprüchen Stellung.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der beklagte Architekt war mit der statischen Berechnung der Kellerdecke eines Lagerhauses betraut worden. Ob der Beklagte

---

238) OLG Karlsruhe MDR 1963, S. 759 mit Anm. Schmalzl

239) siehe Fußn. 237)

24o) BGH VersR 1964, S. 611 = NJW 1964, S. 1o22

auch die Bauleitung übertragen erhalten hatte, war streitig und ist aus dem veröffentlichten Sachverhalt nicht abschließend zu entnehmen. Aufgrund der fehlerhaften statischen Berechnung stürzte die Kellerdecke bereits nach der ersten Belastung ein. Die Kl. machte aus abgetretenem Recht - die auftragvergebende Firma hatte die Forderungen der Kl. übertragen - Ersatz der Wiederaufbaukosten geltend (Kellerdeckefall). Der Einrede der Verjährung hielt sie entgegen, daß der Beklagte der Fa. X. einen falschen technischen Rat erteilt und sie dadurch veranlaßt und gedrängt habe, aussichtslose Prozesse gegen den Bauunternehmer zu führen, obwohl er selbst allein den Deckeneinsturz durch seine unrichtigen statischen Berechnungen verursacht habe. Bei rechtzeitiger Klärung der Sachlage durch den Architekten wäre die Kl. gegen ihn vorgegangen. Eine Verjährung wäre dann nicht eingetreten. Die aufgrund der falschen Beratung gegebene Schadensersatzpflicht des Bekl. hätte nach § 249 BGB zur Folge, daß er den gegen sich bestehenden Anspruch aus § 635 BGB als unverjährt gelten lassen müsse.

Der BGH führte dazu u.a. aus: "Zwar bemisst das Berufungsgericht die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch die angeblich mangelhafte statische Berechnung und den auf ihr beruhenden Einsturz entstanden ist, zutreffend auf 5 Jahre. Dies gilt unabhängig davon, ob der Bekl. nur die Pläne und die statische Berechnung zu liefern hatte oder ob er auch mit der Bauleitung befaßt war (BGHZ 32, S. 2o6; BGHZ 37, S. 341). Die mit der Klage geltend gemachten Schäden - die Kosten des Wiederaufbaus - sind Schäden, die mit den Mängeln des Werkes, auch denen des Architektenwerkes, eng und unmittelbar zusammenhängen und deshalb nur einen Ersatzanspruch nach § 635 BGB begründen (BGHZ 37, S. 344), dessen Verjährung in § 638 BGB geregelt ist".

Der Ansicht der Revision, daß die mangelhafte Beratung einen Schadensersatzanspruch dergestalt begründete, daß die Ver-

jährung als nicht eingetreten galt, stimmt der BGH zu. Der Senat ging insoweit von einer positiven Vertragsverletzung, nicht von § 635 BGB als Anspruchsgrundlage aus. Das würde nach der Auffassung des BGH auch dann gelten, "wenn die Beratungspflicht mit dem Berufungsgericht aus dem Architektenvertrag selbst hergeleitet wird. Denn diese Pflicht betraf nicht die Herstellung des geschuldeten Architektenwerkes und ihre Verletzung führt nicht zu einem Mangel des Werkes. Es handelt sich vielmehr nur um eine Nebenverpflichtung aus dem Architektenvertrag."

8. Die geraffte Darstellung der letzten 5 Entscheidungen läßt erahnen, mit welch eminenten Schwierigkeiten die Abgrenzung der aus der mangelhaften Architekturleistung resultierenden Schäden verbunden ist.

Abgesehen von der Untauglichkeit des Unmittelbarkeitskriteriums [241] wurde, wie schon des öfteren, die im Hinblick auf die vom BGH verwandten Abgrenzungsmaßstäbe entscheidende Begründung, warum der Schaden nicht unmittelbar bzw. mittelbar dem mangelhaften Werk anhafte, vernachlässigt [242] oder gar für überhaupt nicht für notwendig erachtet. [243]

Um die Frage, nach welchen Kriterien Mangel- und Mangelfolgeschäden infolge mangelhafter Architektenleistung zu trennen sind, zufriedenstellend beantworten zu können, ist es zunächst erforderlich, die in vielfacher Kombination denkbaren Architektenleistungen näher zu konkretisieren und den Architektenvertrag rechtlich einzuordnen. Für die hier vorzunehmende Analyse genügt es, sich auf die zwei Grundformeln zu beschränken.

---

241) siehe Seiten 51 ff

242) BGH JZ 1963, S. 596

243) OLG Köln, VersR 1962, S. 992; BGH VersR 1964, S. 611

Die letztgenannten Urteile gehen folgerichtig im Anschluß an die grundlegende Entscheidung des 7. Zivilsenats vom 26.11.1959 [244] bei der Frage der Abgrenzung von Mangel- und Mangelfolgeschäden davon aus, daß der die Bauplanung, Oberleitung und örtliche Bauaufsicht umfassende Architektenvertrag in der Regel als Werkvertrag anzusehen ist,[245] so daß die infolge fehlerhafter Architektenleistung auftretenden Schäden entweder über § 635 BGB oder über die positive Vertragsverletzung auszugleichen sind.

a) Über die Werkvertragsnatur des nur die Bauplanung beinhaltenden Architektenvertrages bestand schon immer Einigkeit. [246] Unstimmigkeiten bestehen nur hinsichtlich der Bestimmung des Leistungsgegenstandes. Während der BGH in dem oben genannten Urteil [247] ausführt, daß der nur planende Architekt nicht das Bauwerk selbst schulde, identifiziert er in einer späteren Entscheidung [248] die Bauwerkerrichtung mit dem vom Architekten geschuldeten Erfolg. Richtigerweise ist das geistige Architektenwerk streng von dem körperlichen Bauwerk zu trennen, denn geschuldet ist nur der Planentwurf. [249] Der Architekt verspricht nicht die Her-

---

244) BGHZ 31, S. 244 mit weiteren Nachweisen

245) a.A. heute noch Jakobs, in Festschrift für Ballerstedt 1975, in Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Der Architektenvertrag im Verhältnis zum Dienst- und Werkvertragsrecht, S. 355 ff. Es würde hier zu weit führen, auf den Meinungsstand und die Problematik näher einzugehen. Das RG hatte jedoch in fast 40-jähriger Übung seit der Grundsatzentscheidung in RGZ 86, S. 75 das Architektenwerk dem Dienstvertragsrecht unterstellt.

246) RGZ 97, S. 122 (125); Ludwigs-Ludwigs, aaO S. 112

247) BGHZ 31, S. 224

248) BGH NJW 1972, S. 1764 (1765)

249) so auch BGH in BGHZ 37, S. 341

stellung des Bauwerkes, er verspricht nicht dafür zu sorgen, daß die Bauhandwerker ihre Verpflichtungen erfüllen, insbesondere dem Plan und den gesetzlichen Vorschriften gemäß bauen. Die mangelfreie Errichtung liegt nicht mehr im vertraglichen Einflußbereich des Architekten. Er ist in der Regel nicht mehr am Bauplatz selbst tätig und hat mit der eigentlichen körperlichen Errichtung des Bauwerks nichts mehr zu tun. Daß sich die lediglich auf Entwurfsarbeiten beschränkte Architektenleistung in dem Bauwerk selbst realisiert, steht natürlich außer Zweifel. Das kann jedoch keine Auswirkungen auf die Bestimmung der Schadensart haben. Es ist doch zu bedenken, daß der Schaden erst durch die Benutzung des fehlerhaften Entwurfes und durch die Errichtung des Bauwerks durch den Bauunternehmer entsteht; soweit man nun mit dem RG das Hinzutreten eines besonderen Ereignisses als ausschlaggebend für die Entscheidung der beiden Schadensarten hält, ist zumindest die weitere Bauausführung durch den Unternehmer als ein solches Ereignis zu werten. Der fehlerhafte Plan selbst, der bereits vor Baubeginn vollendet ist, kann noch keinen Schaden am Bauwerk nach sich ziehen, er kann noch geändert werden, bzw. überhaupt nicht zur Verwendung kommen. Erst das Bauen nach dem fehlerhaften Planentwurf löst Schäden am Bauwerk aus, so daß der Mangel am Bauwerk und die damit verbundenen Vermögensnachteile als weitere Folgen der mangelhaften Entwurfsarbeit außerhalb des Werkes an einem vertragsfremden Objekt [25o)]

25o) Der BGH selbst räumt in BGHZ 58, S. 85 (89) ein, daß "die Fehler des ersten Werkes" sich "zwangsläufig auf das zweite übertragen müssen". Damit ist verdeutlicht, daß der Schaden an einem anderen Objekt als an dem eigentlichen Vertragswerk auftritt.

erwachsen. [251] Bei unvoreingenommener Beurteilung ist damit die Annahme des BGH begrifflich ausgeschlossen, daß der am Bauwerk eingetretene Schaden der "geistigen" Leistung des Architekten "unmittelbar anhaftet". [252]

Dieses Ergebnis folgt nach Herding-Schmalzl [253] auch aus der Überlegung, daß der Anspruch aus § 635 BGB an die Stelle der Ansprüche aus § 634 BGB tritt und daher nur einen Schaden betreffen kann, der sich sozusagen im Werksmangel selbst verkörpert. Da der Schaden infolge mangelhafter Entwurfsarbeiten an einer anderen (vertragsfremden) Sache (Bauwerk) entsteht, kann man schwerlich von einem Mangelschaden im Sinne des § 635 BGB ausgehen.

---

251) so Hess, aaO S. 98 ff; Ganten, aaO S. 1o81; Jakobs, aaO JuS 75, S. 77; Herding-Schmalzl, Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, 2. Auflage 1967, S. 317; Finger, aaO S. 1214 (Fußnote 63); derselbe, Die Haftung des Werkunternehmers für Mangelfolgeschäden, in NJW 1973, S. 81, führt auf S. 82 aus, daß selbst bei getreuer Anwendung der BGH-Kriterien, die Mängel am Bauwerk des nur mit der Planung beauftragten Architekten zwingend über die positive Vertragsverletzung auszugleichen sind. Laufs-Schwenger, aaO S. 1822, Fußnote 67

252) Auch Ballerstedt (aaO S. 729) weist darauf hin, daß Baumängel keine dem Werk des Architekten "an sich" anhaftenden Mängel sind, sondern erst durch das "Hinzutreten eines selbständigen Ereignisses", nämlich des Gebrauchmachens von dem fehlerhaften Entwurf, entstehender Schaden sei. Diese Fälle lägen nicht anders als die Fälle des Gebrauchmachens von einer fehlerhaften Grundstückstaxe (RGZ 64, 16). Allerdings kommt er dann ohne eigentliche Begründung zu dem Ergebnis, daß die richtige Anspruchsgrundlage § 635 BGB sei.

253) Herding-Schmalzl, aaO S. 316

Welche Widersprüche sich aus der Auffassung, der nur planende Architekt sei gewissermaßen der Unternehmer des Bauwerks, ergeben können, zeigt ein Blick auf die §§ 633 Abs. 2, 634 BGB. Nach BGH erscheinen die Mängel am Bauwerk zugleich als Mängel des Architektenwerkes, wenn sie durch eine fehlerhafte Erfüllung der Architektenaufgaben verursacht worden sind. [254] Der Architekt wäre somit zur Gewährleistung für das Bauwerk, ein Werk, das er gar nicht schuldet, verpflichtet. Gleichwohl ist der Architekt nach Vollendung des Bauwerks nicht nach §§ 633 Abs. 2, 634 BGB gehalten, die Bauwerksmängel zu beseitigen, [255] denn er leistet nach dem Vertragszweck nur geistige Arbeit und geistig lassen sich die Mängel des Bauwerks nicht mehr beheben.

Die gegenteilige Auffassung, die Bauwerksmängel aus fehlerhaften Entwurfsarbeiten über § 635 BGB ausgleicht, stützt sich insbesondere darauf, daß sich der Planungsfehler in dem Mangel des Bauwerks realisiert. [256] Ich kann darin kein den spezifischen Mangelschaden kennzeichnendes Kriterium erkennen. Vielmehr ist es doch gerade dem Mangelfolgeschaden eigen, daß sich der durch das mangelhafte Werk ausgelöste Schaden an anderen Schadensobjekten, die mit dem Vertragswerk selbst nicht identisch sind, realisiert. Würde man dennoch den werkvertraglich geschuldeten Erfolg des geistigen Architektenwerks in dem Bauwerk selbst sehen, so erübrigten sich die Abgrenzungserwägungen, denn alle am Bauwerk auftretenden Schäden wären damit als spezifische Mangelschäden im Sinne des § 635 BGB zu qualifizieren.

---

254) BGH VersR 1974, S. 261; VersR 1971, S. 958

255) BGH NJW 1974, S. 367; BGH VersR 1971, S. 1o4o; BGHZ 48, S. 257; BGHZ 42, S. 16; BGH MDR 1962, S. 815

256) BGHZ 37, S. 341 (344); BGH NJW 1964, S. 1o22; BGH JZ 1963, S. 596; Larenz, aaO § 53 II b

b) Problematisch wird es hingegen, wenn der Architekt über die Entwurfsarbeiten hinaus noch die Oberleitung und / oder die örtliche Bauaufsicht übernimmt. Verkörpert nunmehr der Architektenplan als das geistige Fundament des Bauwerks durch die jetzt unmittelbare Beteiligung des Architekten an der Errichtung des materiellen Bauwerks in Form der Bauleitung [257] einen Teil des Bauwerks, mit der Folge, daß die am Bauwerk auftretenden Schäden als Mangelschäden im Sinne des § 635 BGB zu bewerten sind? Die Frage ist m.E. zu bejahen. Während der lediglich mit Entwurfsarbeiten betraute Architekt mit der Übergabe der - wie auch immer gestalteten - Pläne seine Vertragspflicht erfüllt und keinerlei Einfluß mehr auf die Bauausführung hat, obliegt dem bauleitenden Architekten neben der Konzeption der im Plan verkörperten architektonischen Idee nunmehr auch die Aufgabe, dafür zu sorgen, daß das Bauwerk von den Bauunternehmern und Handwerkern plangerecht und frei von Mängeln erstellt wird. Mit der überwachenden, anordnenden und koordinierenden Tätigkeit hat der Architekt gleichzeitig die vertragliche Pflicht übernommen, dem Bauwerk die durch den Entwurf konkretisierte Gestalt zu verschaffen. Die Unternehmer und Handwerker werden, ohne jedoch Erfüllungsgehilfen zu sein, gleichsam als verlängerter Arm des Architekten tätig. Die Herbeiführung des Enderfolges in der Gestalt des errichteten Bauwerks wird damit zum Leistungsgegenstand des Architektenvertrages. Infolgedessen stehen die am Bauwerk auftretenden Schäden in engem Zusammenhang mit der mangelhaften Architektenleistung und betreffen ausschließlich

---

257) die Bauleitung ist als ein Sammelsurium von Einzelleistungen, wie die erforderlichen Verhandlungen mit den Behörden, die Massen- und Kostenberechnung, das Einholen von Angeboten, das Vergeben der Aufträge im Namen des Bauherrn, insbesondere der planmäßige und reibungslose Einsatz der am Bauwerk beteiligten Unternehmer und Handwerker, die Überwachung ihrer Fähigkeit auf Einhaltung der technischen Regeln, behördlichen Vorschriften und vertraglicher Vereinbarungen, die Abnahme von Arbeiten, die Feststellung der Aufmaße, die Prüfung der Rechnungen, usw. zu verstehen.

das Erfüllungsinteresse. Diese demnach über § 635 BGB zu ersetzenden Vermögenseinbußen verwirklichen sich u.a. im bautechnischen Minderwert des Gebäudes, der sich aus der Gegenüberstellung des mangelfreien und fehlerhaften Bauwerks errechnet, in den Unkosten für die Beseitigung des Mangels, den Kosten für den zeitweiligen Nutzungsausfall etc. [258]

Nicht jedoch alle aus der fehlerhaften Bauleitung resultierenden Schäden können über § 635 BGB ausgeglichen werden, denn die von der Bauführung im Sinne des § 19 Abs. 4 GOA a.F. [259] scharf zu trennende "verantwortliche Bauleitung" begründet nur die Verpflichtung im öffentlichen Interesse für die Sicherheit auf der Baustelle zu sorgen. D.h. aus der verantwortlichen Bauleitung folgt lediglich eine schadensverhütende Handlungspflicht (Verkehrssicherungspflicht) gegenüber dritten Personen einschließlich des Bauherrn. Der Bauherr kann aus dieser "verantwortlichen Bauleitung" keine Rechte wegen mangelhafter Architektenleistung herleiten. Ihm verbleibt allenfalls die Möglichkeit bei der Verletzung dieser Pflichten Ansprüche aus dem § 823 ff BGB geltend zu machen. [26o]

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß, falls der Architekt lediglich Planungsarbeiten übernommen hat, die infolge fehlerhafter Planung auftretenden Mängel am Bauwerk und die ihm kausal verbundenen Vermögensnachteile als außerhalb des Werks stehende Mangelfolgeschäden über das Institut der positiven Vertragsverletzung zu liquidieren sind. Wird dem Architekten hingegen nach dem Parteiwillen über

---

258) vor allem in Gestalt des Mietausfalls, vgl. dazu Grimm, aaO, S. 18

259) bei der sog. örtlichen Bauaufsicht nimmt der Architekt die privaten Belange des Bauherrn wahr, Einzelheiten darüber bei Ludwigs-Ludwigs, S. 345 ff

26o) Schmalzl, aaO (Fußn. 222) S. 17

die Entwurfsarbeiten hinaus auch die Bauleitung übertragen, so werden die aus der mangelhaften Architektenleistung resultierenden Schäden am Bauwerk über § 635 BGB abgewikkelt. 261) 262) 263)

c) Dieses Ergebnis, die Trennung der nur planenden Architektenleistung von der auch bauleitenden Tätigkeit, erscheint mir

---

261) zu demselben Ergebnis kommt Jakobs, aaO JuS 1975, S. 77; auch er löst die infolge fehlerhafter Planung auftretenden Schäden am Bauwerk über die positive Vertragsverletzung. S. 77, Fußnote 11: "Anders bei der Architektenleistung nur, wenn dem Architekten auch die Bauleitung und die örtliche Bauaufsicht obliegt, das Gebäude also sein Werk ist."

262) Zweifelsohne ist § 635 BGB gleichsam als Anspruchsgrundlage heranzuziehen, wenn der Architekt das Bauwerk "schlüsselfertig" erstellt. Er vergibt in diesem Falle die Bauausführung im eigenen Namen, die Bauhandwerker sind seine Erfüllungsgehilfen. Er ist der eigentliche Hersteller des Bauwerks, so daß die am Bauwerk auftretenden Schäden als spezifische Mangelschäden gemäß § 635 BGB ersetzt werden.

263) Das bedeutet jedoch nicht, daß alle infolge mangelhafter Architektenleistung des auch mit der Bauleitung beauftragten Architekten auftretenden Schäden über § 635 BGB auszugleichen sind. Aufwendungen für Gutachten, die der Bauherr einholt, um sich über Ursache und Ausmaß der Baumängel zu vergewissern, sind z.B. als Mangelfolgeschäden zu qualifizieren, denn der Bauherr muß diese Auslagen seinem Vermögen entnehmen, der Schaden betrifft sein vom Werk losgelöstes sonstiges Vermögen. Siehe dazu Seite 152 ff Als weiteres Beispiel sei der dem 6. Zivilsenat vorgelegte Fall (BGH in Der Betrieb 1957, S. 67) angeführt: Der planende und bauleitende Architekt hatte versäumt, den von ihm geplanten Einbau von Rückstausicherungen zu überwachen. Infolge mangelhafter Ausführung drang bei Unwetter Regenwasser in den Keller ein und beschädigte Warenbestände. Der BGH kam, obwohl er noch von einem Dienstvertrag ausging, zu dem richtigen Ergebnis - zur positiven Vertragsverletzung.

in Anbetracht der Bedeutung der Verjährungsfrage bei der Abgrenzung der beiden Schadensarten geradezu als logisches Postulat. Nach bisheriger BGH-Rechtsprechung verjähren die durch mangelhafte Architektenleistungen eingetretenen Schäden am Bauwerk einschließlich der Vermögenseinbußen, die sich kausal daran knüpfen, nach 5 Jahren. [264] Die Antwort auf die Frage, wie der unterschiedliche Beginn der Verjährungsfrist zu rechtfertigen ist, bleibt der BGH schuldig. Hat nämlich der Architekt nur die Entwurfsarbeiten zu fertigen, beginnt die Verjährungsfrist bereits mit der Abnahme des Architektenplans. Hat er andererseits auch die Bauleitung, so läuft die Verjährungsfrist, unabhängig davon, ob ein Planungsfehler oder ein Aufsichtsfehler vorliegt, erst mit der Abnahme des Bauwerks, d.h., die Verjährung des Planungsfehlers wird um weitere Jahre verlängert. An dem Beispiel verdeutlicht: 2 Jahre nach Abnahme des Planes, wird das Bauwerk in weiteren 2 Jahren fertiggestellt. Mit der dann durchgeführten Abnahme des Bauwerks beginnt die 5-jährige Verjährungsfrist. Summa summarum haftet der Architekt somit 9 Jahre für eventuelle Planungsfehler. [265]

Schließlich ist es nicht gerechtfertigt, den Architekten das Risiko des Baubeginns tragen zu lassen, obwohl er gar keinen Einfluß darauf hat.

---

264) es sei denn, VOB ist vereinbart

265) Es wäre, um eine Gleichstellung der Verjährung zu erreichen, allenfalls daran zu denken, die Verjährungsfrist bei nur planerischer Architektenleistung erst mit der Abnahme des Bauwerks beginnen zu lassen. Dies ist jedoch insoweit bedenklich, als der Architekt, der nicht das materielle Bauwerk schuldet, in Streitigkeiten über eine tatsächlich verfolgte Abnahme des Bauwerks verwickelt werden würde.
Schubert, Zur Verjährung von Mangelfolgeansprüchen wegen fehlerhafter planerischer Werkeistungen, in BB 1975, S. 585 ff (586) schlägt vor, die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, daß die Verjährung von Ansprüchen wegen Bauplanungsfehler mit der Fertigstellung des Baus beginnt. Dies hätte zwar den Vorteil einer einheitlichen Verjährung von Architektenleistungen. Dennoch findet die Tatsache, daß Planungsfehler häufig erst nach 5 Jahren in Erscheinung treten, keine Berücksichtigung.

Schon diese Diskrepanz sollte dem BGH Anlaß zu Bedenken geben, wollte er weiterhin beide Varianten der Architektenleistung einheitlich behandeln.

Zudem kann die nur 5-jährige Verjährungsfrist für die Schäden aus der Planung eines nichtbauleitenden Architekten zu widersinnigen Ergebnissen führen. Denn läßt der Bauherr die Pläne - gleichviel aus welchen Gründen - liegen und beginnt z.B. erst nach 5 Jahren mit dem Bau, so sind die aus den mangelhaften Entwurfsarbeiten am Bauwerk auftretenden Schäden bereits verjährt, bevor sie entstanden sind.

9. Unter den in 8 a) und b) erörterten Gesichtspunkten erscheinen die vorstehenden Entscheidungen teilweise korrekturbedürftig.

a) So kommt das OLG Köln im Sickerwasserfall [266] ohne eigentliche Begründung zu dem unzutreffenden Ergebnis, daß sich die Ansprüche des Bauherrn gegen den auch mit der Bauleitung betrauten Architekten aus positiver Vertragsverletzung ergeben, wenn infolge fehlerhafter Beratung Schäden in Form der Kosten einer erneuten Isolierung der Kellerwände und des Minderwertes eines unbrauchbaren Kamins auftreten. Zur Begründung eines derartigen Schadensersatzanspruches wäre allenfalls die Verletzung von Nebenpflichten aus dem Architektenvertrag geeignet gewesen. Freilich stellt sich insofern nicht das Problem der Scheidung der beiden Schadenskategorien. Das OLG ging jedoch offensichtlich davon aus, daß Beratungspflichten zum werkvertraglichen Erfolg der Architektenleistung gehören. Dem ist zuzustimmen.

---

266) OLG Köln VersR 1962, S. 992; vgl. S. 80

Mit der Übernahme der Bauleitung vergrößert sich der Pflichtenkreis der Architekten. Der Architektenvertrag umfaßt dann auch die Pflicht, den Bauherrn, der Änderungswünsche äußert, die mit Nachteilen verbunden sind, darauf hinzuweisen, daß die Durchführung dieser Wünsche nicht günstig sein wird. Der widerbeklagte Architekt hätte somit im vorliegenden Fall - so auch das OLG - den Bauherrn darauf hinweisen müssen, daß die Änderung seiner Planung zum einen die Stillegung des Kamins wegen Verstoßes gegen die Bauvorschriften, zum anderen eine nichtausreichende Isolierung der Kellerwände nach sich ziehen würde. Der Minderwert des Bauwerks und die damit unmittelbar verbundenen Schäden haften somit entsprechend den obigen Ausführungen der mangelhaften Vertragsleistung des "quasi intellektuellen Bauunternehmers" unmittelbar an. Für diese Mangelschäden wäre die richtige Anspruchsgrundlage § 635 BGB gewesen. Hätte das Eindringen des Sickerwassers im Falle der unzureichenden Isolierung hingegen andere Rechtsgüter, wie z.B. in den Kellerräumen lagernde Gegenstände beschädigt, so stünden diese Schäden außerhalb des Werkes, sie treten an anderen vertragsfremden Rechtsgütern auf, so daß nicht mehr das eigentliche Erfüllungsinteresse, sondern das Integritätsinteresse des Bestellers beeinträchtigt ist.

b) Die Beratungspflicht des auch bauleitenden Architekten muß aber nicht zwangsläufig mit der eigentlichen vertraglich geschuldeten Architektenleistung identisch sein. Aus der bemerkenswerten Entscheidung des BGH im Kellerdeckenfall [267] ist vorerst deutlich zu entnehmen, daß der BGH die nur planende bzw. statische Architektenleistung nicht von der allumfassenden Architektenleistung trennt. Die Kosten für den

---

267) BGH VersR 1964, S. 611; vgl. S. 85

Wiederaufbau der Kellerdecke unterstellte der 7. Zivilsenat dem Gewährleistungsanspruch des § 635 BGB, obwohl nicht geklärt worden war, ob der Beklagte auch mit der Bauleitung befaßt war. Dieses Zwischenergebnis erscheint im Hinblick auf die oben dargelegte Ansicht [268] verfehlt, denn der infolge eines statischen Berechnungsfehlers auftretende Schaden ist ein Mangelfolgeschaden, wenn der Architekt nur die Pläne und die statischen Berechnungen zu liefern hat. Nur im Falle der hinzukommenden Bauleitung sind die Beseitigungskosten des Bauwerkmangels spezifische Mangelschäden im Sinne des § 635 BGB.

Zutreffend sind hingegen die Ausführungen des Senats zur Ansicht der Revision, daß die infolge falscher Beratung geführten aussichtslosen Prozesse einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung auslösten. Die Beratungspflicht betraf nach Meinung des BGH jedoch nicht die Architektenleistung selbst, sondern es handelte sich um eine Nebenverpflichtung aus dem Architektenvertrag. Dem ist zuzustimmen. Denn es hieße, den Pflichtenkreis aus dem Architektenvertrag zu überspannen, wollte man dem Architekten auch materiell - und prozeßrechtliche Beratungspflichten aufbürden. Gleichwohl ist der Architekt gerade in Anbetracht des dauernden vertraglichen Zusammenwirkens gehalten, den Bauherrn nicht durch unrichtige Angaben zu einem aussichtslosen Prozeß zu verleiten. Immerhin hätte der beklagte Architekt erkennen müssen, daß der Einsturz der Kellerdecke allein die Folge unrichtiger statischer Berechnungen war. Die Verletzung dieser vertraglichen Nebenpflicht, durch die der beklagte Architekt den Eintritt der Verjährung des gegen ihn selbst bestehenden Anspruchs aus § 635 BGB herbeigeführt hatte,

---

268) siehe Seiten 88 ff

begründet nach der Ansicht des BGH einen Schadensersatzanspruch dergestalt, daß die Verjährung gemäß § 249 ff als nicht eingetreten gilt. Dieses sicherlich richtige Ergebnis wäre m.E. besser über § 242 BGB erzielt worden.

c) Die Unsicherheit des BGH bei der Anwendung seiner Abgrenzungskriterien dokumentiert die Feststellung des 7. Zivilsenats im Garagenfall,[269] daß es "im Einzelfall zweifelhaft sei, wo die Grenze zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden zu ziehen sei, sie werde häufig flüssig und nicht von vorneherein durch festgelegte, alle denkbaren Fälle umfassenden Merkmale zu bestimmen sein". Deutlicher kann man die Unbrauchbarkeit der Kriterien wohl nicht bezeichnen.

Nicht mehr sicher nachvollziehbar, die Konturen verwischend und damit nicht mehr objektiv vorhersehbar werden die BGH-Kriterien insbesondere durch die Bemerkung des Senats, daß die weiteren, außerhalb des Werkes erwachsenen Folgeschäden nicht zwingend der positiven Vertragsverletzung zu unterstellen seien, sondern eventuell auch unter § 635 BGB fallen könnten. Damit bleibt es dem BGH überlassen, die Grenze zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden von Fall zu Fall selbst zu bestimmen und unbillige Ergebnisse nach eigenem Gutdünken zu steuern. Daß die dann unausbleiblichen Kompromißurteile den Rechtssuchenden vor unlösbare Aufgaben stellen und die oft widersprüchlichen Urteile noch mehr Verwirrung stiften, ist die zwangsläufige Folge solcher flexiblen, den rechtstheoretischen Ausgangspunkt verkennenden "Abgrenzungskriterien".

---

269) BGHZ 37, S. 341; vgl. S. 82

Nur unter Zugrundelegung dieser nunmehr vom Senat entgegen der bisherigen Rechtsprechung für möglich gehaltenen Ausdehnung des § 635 BGB auf Mangelfolgeschäden wäre im vorliegenden Falle die Anwendung des § 635 BGB als Anspruchsgrundlage verständlich, denn die aus dem fehlerhaften Entwurf des nur planenden Architekten resultierenden Schäden sind entsprechend den obigen Ausführungen [27o)] als Mangelfolgeschäden zu werten. Dennoch überrascht angesichts dieses plötzlichen Sinneswandels bezüglich der Ausweitung des Anspruchsbereiches von § 635 BGB, aus dem Hess [271)] sogar entnimmt, der BGH sei sich durchaus bewußt gewesen, daß es sich im vorliegenden Fall um Folgeschäden handele, die fehlende konsequente Weiterführung dieser Gedankengänge. So begnügte sich der BGH mit der fast stereotyp gewordenen Formel, daß hier jedenfalls "ein enger, unmittelbarer Zusammenhang" bestehe, der dann zu der Ersatzforderung nach § 635 BGB führen müsse. Die Begründung, daß ein Mangel, der in dem Entwurf des Architekten enthalten ist, "dem Mangel gleichzusetzen ist, der dem Teil eines materiellen Bauwerks anhaftet", geht wiederum von einer fehlerhaften Ausgangsposition aus. Die nur planende Tätigkeit des Architekten ist von der auch bauleitenden zu trennen, denn der nur mit Entwurfsarbeiten betraute Architekt schuldet nicht das körperliche Bauwerk. [272)] Wenn auch durch das Zusammenwir-

---

27o) siehe Seiten

271) Hess, aaO S. 1oo

272) der BGH (NJW 196o, S. 431) bestätigt in seinem Grundsatzurteil zur Rechtsnatur des Architektenvertrages selbst: "Der auch mit der Oberleitung und Bauführung betraute Architekt schuldet zwar nicht das Bauwerk selbst als körperliche Sache .....". Damit ist der nur planende Architekt erst recht nicht Schuldner des materiellen Bauwerks ("argumentum a majore ad minus")

ken der geistigen Arbeit des Architekten und der materiellen Bauleistung erst das Bauwerk entsteht, bleibt dennoch der Wesengehalt dieser Leistungen voneinander verschieden, so daß der in der zu geringen Dimension der Garage zutage tretende Schaden außerhalb des vom Architekten geschuldeten Werkes liegt und demnach nicht wegen einer engen Verknüpfung mit dem Werk § 635 BGB unterfällt, sondern der positiven Vertragsverletzung. [273]

d) Das OLG Karlsruhe [274] stellt wiederum in offensichtlicher Einmütigkeit mit der bisherigen Rechtsprechung fest, daß die ursprüngliche Abdichtung der Umfassungsmauern, etc. [275] Mängel seien, die dem Bauwerk unmittelbar anhaften und deswegen dem § 635 BGB unterfallen. Erstere Aussage soll nicht bezweifelt werden. Gleichwohl kann daraus nicht gefolgert werden, daß es sich um einen Mangelschaden im Sinne des § 635 BGB handelt. Das OLG hätte vielmehr betonen müssen, daß nach dem auch die Oberleitung und örtliche Bauaufsicht umfassenden Architektenvertrag, die Bauwerkserrichtung gleichsam geschuldete Architektenleistung sei und somit auch die auftretenden Mängel am Bauwerk Mangelschäden seien. Immerhin kommt das OLG zum richtigen Ergebnis, [276] wenn auch wiederum verkannt wird, daß die reine Bauplanung des Architekten bei der Beurteilung der Schadensart eine andere rechtliche Wertung erfordert als die

---

273) vgl. Tempel, Zur Rechtsnatur des Architektenvertrags, in JuS 1964, S. 346 ff (35o); Bindhardt, Zur Verjährung von Gewährleistungsansprüchen des Bauherrn gegen den Architekten; VersR 1963, S. 415

274) OLG Karlsruhe in MDR 1963, S. 759

275) Siehe Seite 85

276) a.A. Schmalzl, MDR 1963, S. 759; nach Jakobs, aaO JuS 1975, S. 77 geht es in diesem Fall um den Ersatz des Erhaltungsinteresses

darüberhinausgehenden bauleitenden Tätigkeiten.

Folgerichtig unterstellt das OLG den entgangenen Gewinn dem nach § 635 BGB zu ersetzenden Schaden. Es handelt sich, wie bereits ausgeführt, [277] um einen Schadensposten, der dem Werkmangel immanent ist, weil das mangelhafte Werk nicht wie ein fehlerfreies nutzbringend verwandt werden kann.

e) Im Ergebnis richtig ist auch das Urteil des BGH im Rohbaufall. [278] Denn die infolge der zu schwachen Fundamente, die der beklagte Architekt entgegen dem urspürnglichen Plan hatte anfertigen lassen, und der schuldhaften Aufsichtspflichtverletzung auftretenden Mängel am Bauwerk, die dann zum Abbruch des Rohbaus geführt hatten, sind werkinhärente Schäden der Architektenleistung. Der bautechnische Minderwert bzw. die völlige Unbrauchbarkeit des Rohbaus sind typische Mangelschäden im Sinne des § 635 BGB. Eine andere Bewertung der Schadensart kann sich nunmehr nicht daraus ergeben, daß der Kläger eine wegen Konkurses des Bauunternehmers nicht mehr rückforderbare Abschlagszahlung als Schaden geltend macht. Der Schaden bleibt derselbe, gleichviel "ob man ihn darin sieht, daß das von den Kl. an den Bauunternehmer bezahlte Werk mangelhaft ist, oder darin, daß die Kl. das mangelhafte Werk an den Bauunternehmer bezahlt haben". [279] Es ist für die Beurteilung der Schadensart irrelevant, ob der Bauherr den Minderwert des Bauwerks geltend macht oder einen Teil der Abschlagszahlung an den Bauunternehmer als seinen Schaden bezeichnet. Es bleibt allenfalls eine Frage der Schadensminderungspflicht, wenn die Kl. Abschlagszahlungen leisten, zu der sie erkennbar rechtlich nicht verpflichtet sind, weil der Bauunternehmer ebenfalls mangelhaft gearbeitet hat.

---

277) siehe Seite 42 ff

278) BGH VersR 1963, S. 881 ff; vgl. S. 83

279) BGH VersR 1963, S. 882

Sollte die Abschlagzahlung allerdings als nutzlose Aufwendung zu qualfizieren sein, käme - da dann Mangelfolgeschaden - die positive Vertragsverletzung zum Zuge. Im vorliegenden Falle sind die Abschlagszahlungen nicht als derartige Aufwendungen zu werten, denn die Abschlagszahlungen hinweggedacht, lassen dennoch denselben Schaden in derselben Höhe weiterbestehen, wohingegen, die nutzlosen Aufwendungen hinweggedacht, ein Schaden logischerweise nicht entstehen kann.

1o. In der nächsten einschlägigen Entscheidung befaßte sich der BGH [28o] mit der Verjährung der Schadensersatzansprüche gegen Rechtsanwälte. Der Kl. forderte Schadensersatz wegen einer unrichtigen Rechtsauskunft. Er hatte eine ihm von seiner Mutter angebotene, entgegen der Auskunft rechtlich mögliche Grundstücksübernahme nicht angenommen. Den höheren Aufwand des später erworbenen Grundstücks hat seiner Ansicht nach der Rechtsanwalt zu tragen. (Rechtsauskunftsfall)

Der BGH ging zutreffend davon aus, daß, wenn auch der Anwaltsvertrag regelmäßig ein Dienstvertrag ist, die Erteilung einer Rechtsauskunft oder die Fertigung eines Rechtsgutachtens dem Werkvertragsrecht zu unterstellen ist. Unter Zugrundelegung der bisher vom BGH in ständiger Rechtsprechung angewandten Kriterien [281] erklärte der 6.Zivilsenat, daß derartige Schäden als Mangelfolgeschäden der positiven Vertragsverletzung unterlägen. Er betont dabei ausdrücklich, die eng auszulegende Vorschrift des § 635 BGB gelte also nur für den reinen Erfüllungsschaden, für den spezifischen Mangelschaden, der sich unmittelbar aus der Minderwertigkeit des Werkes ergibt, nicht dagegen für "Mangelfolgeschäden, durch die dem Besteller ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Nachteil entsteht. Um

---

28o) BGH NJW 1965, S. 1o6

281) § 635 BGB umfaßt den Schaden, der "dem Werk unmittelbar anhaftet, weil das Werk unbrauchbar, wertlos oder minderwertig ist." Für den Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung kommen diejenigen Nachteile in Betracht, die"außerhalb des Werkes erwachsen" sind.

einen solchen handelt es sich hier, wo nach der Behauptung des Klägers die Unrichtigkeit der Rechtsauskunft des Beklagten und der hierdurch begründete Irrtum des Kl. dazu geführt haben, daß der Kl. dem Wunsche seiner Mutter ausgewichen ist, sich den Grundbesitz von ihr übertragen zu lassen ... " Der BGH sah sich in seiner Rechtsauffassung durch den in der Entscheidung zitierten Grundstückstaxenfall [282] und den Kreditauskunftsfall [283] bestätigt. Abermals offen läßt der Senat die Frage, ob das zusätzliche Ereignis als geeignetes Kriterium herangezogen werden müsse, denn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bestünde dies in der irrtumsbedingten Verhinderung des Grundstückserwerbs.

Erfreulich und gleichzeitig bemerkenswert ist das sicherlich zutreffende Ergebnis dieser Entscheidung. Könnte man doch über das viel zu flexible Unmittelbarkeitskriterium zu der Auffassung gelangen, daß ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Werk besteht, gerade weil eine Rechtsauskunft aufgrund ihrer vertragsgemäßen, objektiven richtigen Aussage dazu dient, zu einem entsprechend rechtlich günstigen Verhalten anzuleiten. Weit gefehlt. Gewiß muß die Rechtsauskunft fehlerfrei erteilt werden. Dennoch entsteht durch die mangelhafte Auskunft selbst nicht zwangsläufig ein Schaden. Es müssen weitere, den Schaden auslösende Umstände hinzukommen. So ist vor allem die Täuschung des Mandanten über die wahre Rechtslage, die dann zu einem Irrtum führt, notwendiges Bindeglied zum Schaden. Bereits der an der Richtigkeit der Auskunft zweifelnde Mandant muß nicht unbedingt einen Schaden erleiden, so z.B., wenn er die Ratschläge des Rechtsanwalts nicht befolgt. Das bedeutet, daß zu der Irrtumserregung notwendig noch die rechtlich relevante

---

282) RGZ 64, S. 41

283) RGZ 115, S. 122

Ausführungshandlung, das Ingebrauchnehmen der Auskunft in Form des passiven bzw. aktiven Tuns, beeinflußt durch die Rechtsauskunft, hinzukommen muß. Diese, wenn man so will, als "logische Zwischenglieder" bezeichnete Faktoren müssen, folgt man der Diktion des BGH, zur Verneinung des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem mangelhaften Werk führen, denn der Schaden steht außerhalb des geistigen Werkes. Er verkörpert sich nicht am Vertragswerk selbst. Folglich kommen im vorliegenden Fall nicht die §§ 635, 638 BGB zur Anwendung, sondern das Institut der positiven Vertragsverletzung.

Zudem darf hier nicht übersehen werden, daß die kurze Verjährung des § 638 BGB für alle nicht verkörperten Werke [284] nicht paßt. [285] Zum einen können Schadensersatzansprüche aus geistigen Werkleistungen bereits verjährt sein, bevor sie entstanden sind, so,wenn sie erst nach Ablauf der 6-monatigen Verjährung des § 638 BGB in Gebrauch genommen werden. Ein mißliches Ergebnis. Zum anderen ist die Vorschrift des § 638 BGB vorrangig auf die typischen Fälle der Herstellung oder Veränderung einer Sache zugeschnitten; das immaterielle Werk hatte der historische Gesetzgeber bei der Fassung des § 638 BGB nicht im Auge. [286] Es besteht auch kein Bedürfnis, auf § 638 BGB zurückzugreifen, denn die Befürchtungen der Gesetzesredaktoren, daß "die Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar seien" [287] treffen hier nicht zu, denn normalerweise wird die geistige Leistung schriftlich nieder-

---

284) z.B. Gutachten, Auskünfte, Bilanzen, Pläne, Sachverständigenleistungen, etc.

285) ausführlicher vgl. Seiten 169 ff

286) BGH NJW 76, 15o2

287) Motive II zu § 571 E 1 (= § 638 BGB), Mudgan II, S. 271

gelegt, so daß die Feststellung der Mängel auch noch nach einem längeren Zeitraum möglich ist. [288]

Bemerkenswert ist auch die Feststellung des Senats, daß wegen der eng auszulegenden Vorschrift des § 638 BGB eine Ausdehnung auf Mangelfolgeschäden nicht gerechtfertigt sei. Wenn dem auch zu folgen ist, fehlt jedoch die notwendige Begründung. Man könnte an den Ausnahmecharakter des § 638 BGB zu den allgemeinen Verjährungsvorschriften denken.

Weitere Argumente gegen die Ausweitung des § 638 BGB liegen auf der Hand: die Nichtvorhersehbarkeit dieser Mangelfolgeschäden, die Schwere des Schadens (insbesondere angesichts der Beeinträchtigung der körperlichen Integrität infolge mangelhafter Werkleistungen) und die Nichtberücksichtigung durch den Gesetzgeber.

11. Mit Urteil vom 28.11.1966 widmete sich der 7. Zivilsenat [289] der Abgrenzung von Mangel- und Mangelfolgeschäden beim Bauvertrag.

Der Kläger nahm den beklagten Bauunternehmer wegen auftretender Risse der Decken über dem Erd- und Obergeschoß eines von dem Beklagten errichteten Bauwerks auf Ersatz derjenigen Schäden in Anspruch, die durch die notwendige Räumung und die weiteren Abhilfemaßnahmen entstanden waren. Der Beklagte berief sich auf Verjährung (Baueinsturzfall).

---

288) vgl. Jakobs, aaO JuS 1975, S. 8o

289) BGHZ 46, S. 238 = BGH NJW 67, S. 34o

Die Vorfrage, ob diese Nachteile als Mangel- oder Mangelfolgeschäden zu qualifizieren seien, entschied der BGH zugunsten des Anspruchs aus § 635 BGB, soweit die Kosten der Mängelbeseitigung und des Minderwerts des Hauses in Frage standen. Aber "auch die Kosten der durch den Kläger ... vorgenommenen Abstützungen hängen eng und unmittelbar mit mangelhaften Werkleistungen der Beklagten zusammen. Bei einem solchen Zusammenhang ist die Ersatzpflicht ... aus den Gewährleistungsvorschriften herzuleiten. Der Mietausfall ist ein infolge der Mängel entgangener Gewinn und deshalb ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung zu ersetzen." Das müsse aber auch für die Anmietung einer Ersatzwohnung zum Eigenbedarf gelten, denn beide, die entgangenen Mietzinseinnahmen und die Aufwendung für eine Mietwohnung, hängen mit der Unbrauchbarkeit und Mangelhaftigkeit des Werkes "gleich eng" zusammen. Der Ersatz von Kosten für ein Sachverständigengutachten sei zwar ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, im vorliegenden Fall komme es jedoch auf diese Frage nicht an.

Die Entscheidung verdient insoweit Zustimmung, als die Mängelbeseitigungskosten und der Minderwert des Gebäudes spezifische Mangelschäden im Sinne des § 635 BGB sind. Angesichts der Mängelbeseitigungskosten macht es sich der BGH zu leicht, wenn er ohne Begründung, nur mit dem nichtssagenden Satz: "Es liegt auf der Hand," die Mängelbeseitigungskosten als Mängelschäden bezeichnet. Denn die Beseitigung der Mängel - darauf weist Grimm [29o)] zu Recht hin - versetzt das Werk in den vertraglichen Zustand. Für die Beseitigungskosten hält das Werkvertragsrecht in § 633 Abs. 3 BGB eine Sondernorm bereit, so daß vorerst kein Raum für die Liquidierung der Beseitigungskosten gemäß § 635 BGB bleibt. Grimm folgert daraus, daß hier das Abgrenzungsproblem nicht relevant werde. Dabei verkennt Grimm, daß nach ergebnislosem Ablauf einer gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 gesetzten Frist, die insoweit auch Voraussetzung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung (§ 635 BGB) ist, die Rechte aus § 633 Abs. 3 BGB erlöschen. [291)] Der Besteller ist damit auf

---

29o) Grimm, aaO S. 18

291) Palandt-Thomas, § 633 Anm. 4

§ 635 BGB oder die positive Vertragsverletzung angewiesen.

Diese Beseitigungskosten betreffen ferner das typische Vertragsrisiko und entsprechen im Regelfall dem mangelbedingten Minderwert des Werkes, [292] denn der Wertunterschied zwischen mangelhafter und mangelfreier Sache spiegelt sich in den Kosten wieder, die erforderlich sind, um das Werk wieder in den mangelfreien Zustand zu versetzen. Die Mängelbeseitigungskosten sind somit als spezifische Mangelschäden dem § 635 BGB zu unterstellen. [293]

Problematischer wird es hinsichtlich der Abstützungskosten, dem Mietausfall, den Kosten für die Ersatzwohnung und den Kosten für das Sachverständigengutachten.

Für die Abstützungskosten stellt der BGH abermals ohne Begründung lakonisch fest, daß diese Kosten "eng und unmittelbar mit der mangelhaften Werkleistung des Beklagten" zusammenhängen. M.E. sind diese Aufwendungen, wertet man sie nicht als Mangelbeseitigungskosten, [294] als Mangelfolgeschäden zu qualifizieren. Denn das Weiterwirken des Mangels an dem brüchigen Bauwerk auf das rechtlich selbständige, vom eigentlichen Werk zu trennende Vermögen des Bestellers, ist als Fremdgüterschaden typisches Kennzeichen eines Mangelfolgeschadens.

---

292) BGH NJW 1965, S. 34 ff (35); Todt, aaO S. 145

293) Freilich könnte man dagegen einwenden, daß der Besteller zur Mängelbeseitigung Geldbeträge entnehmen müßte, so daß ein Mangelfolgeschaden auf der Hand liegen würde. Dies ist nur bedingt richtig. Entscheidend ist, daß es sich hier um Kosten handelt, die mit dem Minderwert des Werkes gleichzusetzen sind. Der eigentliche Schaden liegt in dem mangelhaften Werk selbst.

294) Da das Abstützen nicht die Mängel beseitigen kann, sondern allenfalls eine von den Mängeln des Bauwerks ausgehende Gefahr reduzieren soll, handelt es sich m.E. nicht um Mängelbeseitigungskosten.

Die Mietausfallkosten - so auch der BGH - sind als entgangener Gewinn unter § 635 BGB zu subsumieren. Dagegen wird vielerorts [295] eingewandt, der entgangene Gewinn wirke sich ebenfalls am Vermögen des Bestellers aus und hafte demzufolge der Fehlleistung nicht unmittelbar an. [296] Dem ist entgegenzuhalten, daß das vorhandene Vermögen durch den Gewinnausfall nicht berührt wird, denn eine Entnahme von Vermögenswerten ist nicht erforderlich, wohingegen die Kosten der Abstützung das vorhandene, vom Werk isolierte Vermögen schmälern und damit zur Domäne der positiven Vertragsverletzung gehören. Darüber hinaus ist auch der entgangene Gewinn mit dem Minderwert des Werkes - einem spezifischen Mangelschaden - eng verflochten. Er ist aber auch als hypothetischer Schaden, entgegen der Ansicht von Laufs-Schwenger, [297] ohne das weitere "Zutun des Bestellers" denkbar, denn es genügt, daß der Gewinn, wäre das Werk mangelfrei, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit realisierbar gewesen wäre.

Die vom BGH vorgenommene Gleichstellung des Mietausfalls mit den Kosten für die Anmietung einer Ersatzwohnung erweist sich als falsch. Der BGH glaubt, seine Ansicht darauf stützen zu können, daß beide Male das mangelhafte Werk nicht benutzt werden kann; beide Nachteile würden eng mit dem Werk zusammenhängen. Diese Ausführungen treffen nur teilweise zu. Dazu führt Grimm [298] zu Recht aus: Im Falle der Kosten für die Ersatzwohnung "b e s t e h t der Schaden nicht darin, daß der Kläger das Werk nicht benutzen kann - er b e r u h t nur darauf. Er besteht darin, daß er seinem Vermögen die

---

295) Laufs-Schwenger , aaO S. 182o; Ganten, aaO S. 1o81

296) heute h. M, daß der entgangene Gewinn als Mangelschaden über § 635 BGB abzuwickeln ist; vgl. Todt, aaO S. 136; Grimm, aaO S. 17

297) Laufs-Schwenger, aaO S. 182o

298) Grimm, aaO S. 18

Kosten für die Mietwohnung entnehmen muß". Im Falle des Mietausfalls jedoch "beruht der Schaden auf der Unbenutzbarkeit der Gebäude, aber besteht darin, daß sie dem Kläger keine Mieteinnahmen bringen". Diese von Grimm mit Recht vollzogene Scheidung führt dazu, daß der Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Ersatzwohnung der positiven Vertragsverletzung zu unterstellen ist. [299] Denn der aus der mangelhaften Leistung resultierende Schaden tritt an einem anderen vertragsfremden Rechtsgut - dem Vermögen des Bestellers - auf. Man fragt sich, wie der BGH wohl entschieden hätte, wenn der Schaden nicht in eigenen Aufwendungen des Bauherrn, sondern in dessen Verpflichtung bestanden hätte, dem Mieter die erhöhten Kosten für eine Ausgleichswohnung zu ersetzen (§ 538 Abs. 1, 1. Alternative BGB). Nachdem der BGH aber im Wackelspatzenfall (BGHZ 35, S. 13o ff) Fremdaufwendungen, für die der Besteller aufzukommen hatte, als Mangelfolgeschaden bezeichnete und kein Grund ersichtlich ist, warum eigene oder auszugleichende fremde Aufwendungen differenziert zu behandeln sind, hätte der BGH ebenfalls zu dem hier gefundenen Ergebnis kommen müssen.

Beachtlich ist der Hinweis des Senats, daß die Kosten für ein Sachverständigengutachten zur Feststellung von Ursache und Ausmaß der Baumängel über die positive Vertragsverletzung zu liquidieren seien. Auch die Verweisung auf BGH in Schäfer-Finnern, Rechtsprechung der Bauausführung Z.2,

---

299) soweit sich Rietschelt in seiner Anmerkung zu diesem Urteil, in LM Nr. 13 zu § 635, darauf beruft, daß das vom BGH gefundene Ergebnis (Gleichstellung der Mietausfallkosten mit den Kosten für eine Ersatzwohnung) sich schon aus der steuerrechtlichen Gleichstellung der Vermietung mit der Eigennutzung (vgl. § 21 a EStG) ergibt, verkennt er, daß dem Steuerrecht die wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrundeliegt, die dem BGB zumindest im Schadensrecht fremd ist. Darüberhinaus kann das Steuerrecht zwar an eine zivilrechtliche Folge anknüpfen, jedoch nicht steuerrechtliche Rechtsgrundsätze in das Zivilrecht einführen.

414, Bl. 1o6 f, liefert mit dem Satz "Die Bestellung eines Gutachtens stellt einen außerhalb des Werkes entstandenen Nachteil dar", keine Begründung nach, wenngleich jener Senat dem Berufungsgericht zugesteht, daß die Bestellung des Gutachtens ein besonderes, selbständiges Ereignis sei, welches die Heranziehung der positiven Vertragsverletzung rechtfertige. Die fehlenden Begründungen deuten an, daß sich der BGH offenbar selbst nicht sicher war. Bereits in den nächsten Entscheidungen gab er diese seine Meinung auf. [3oo] Gleichwohl vermag das Ergebnis zu überzeugen. Entscheidender Gesichtspunkt für die Annahme eines Mangelfolgeschadens dürfte wohl sein, daß sich der Schaden an dem vom Werk isolierten Vermögen des Bestellers auswirkte und der Besteller zudem die Kosten aus seinem Vermögen entnehmen mußte.

12. Der gleiche Senat begründete einige Jahre später die ausdrückliche Aufgabe der bisherigen Ansicht in seinem Urteil vom 22.1o.197o [3o1] damit, daß es die geradezu typische und unmittelbare Folge der Baumängel sei, die den Bauherrn nötigt, ein Sachverständigengutachten über Ursachen und Ausmaß der Mängel erstellen zu lassen. Die hierdurch entstandenen Kosten seien zwangsläufige Folge der Mängel. Die Einholung des Gutachtens ziele unmittelbar auf die Beseitigung der Mängel ab, "so daß die Kosten noch eng und unmittelbar mit dem Mangel zusammenhängen. (Gutachterfall)

Diese Überlegungen halten einer Überprüfung nicht stand. Es ist nicht einzusehen, warum gerade die Einholung von Sach-

---

3oo) BGH VersR 1968, S. 6o1; BGH NJW 1971, S. 99

3o1) BGH NJW 1971, S. 99 = BGHZ 54, S. 352, 357 ff

verständigengutachten eine Art von Mängelbeseitigung sein soll. Primärzweck des Gutachtens in Baustreitigkeiten ist doch die Klärung der Verschuldensfrage und der Höhe des Schadens, um dann eventuell auch im Prozeß eine günstigere Ausgangsposition zu haben. Des weiteren sind Gutachterkosten nicht eine zwangsläufige Folge der Mängel. Zum einen sind Bauunternehmer und Architekt in vielen Fällen bereit, sich zu vergleichen, so z.B. durch Übernahme der Mängelbeseitigung, so daß das Sachverständigengutachten von vorneherein überflüssig ist; zum anderen sind die Ursachen und Ausmaße von Bauwerksmängeln des öfteren leicht erkennbar, so daß auch insoweit eine Einholung von Gutachten nicht erforderlich ist. Es ist demnach weiterhin daran festzuhalten, daß die Kosten für Gutachten in Bausteitigkeiten als Mangelfolgeschäden über das Institut der positiven Vertragsverletzung auszugleichen sind.

13. In der folgenden Entscheidung betonte der BGH, [3o2)] daß Statikerleistung und Architektenleistung angesichts der Verjährungsfrage gleich zu behandeln seien.

Der Beklagte hatte die statische Berechnung für einen Schulhausbau für die klagende Gemeinde erstellt. Infolge statischer Berechnungsfehler traten Risse an den Außenwänden auf, so daß die Standsicherheit des Gebäudes nicht mehr gewährleistet war. Der Beklagte wandte gegen die Schadensersatzansprüche der Klägerin Verjährung ein (Statikerfall).

3o2) BGH NJW 1967, S. 2259

Die Vorfrage nach der Art des Schadens, der infolge fehlerhafter statischer Berechnungen am Bauwerk in Form von Bauwerkmängeln auftrat, entschied der 7. Zivilsenat zugunsten des Mangelschadens im Sinne des § 635 BGB. Damit verjähren die Schadensersatzansprüche gegen den Statiker in 5 Jahren. Der BGH beruft sich in seiner Begründung auf die gefestigte Rechtsprechung des Senats für die Verjährung von Schadensersatzansprüchen aus mangelhaftem Architektenwerk (BGHZ 32, S. 2o6; BGHZ 37, S. 341 (344); BGHZ 42, S. 16 (18); BGH JZ 1963, S. 596). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bestünde kein Anlaß zu der Annahme, daß für den Statiker etwas anderes zu gelten habe als für den Architekten. "Seine Leistung geht vielmehr, ebenso wie der Plan des Architekten unmittelbar in das Bauwerk ein". Dabei verdeutlicht der Senat, daß es auch beim Statiker nicht darauf ankommen könne, ob der Statiker darüber hinaus mit der Bauaufsicht beauftragt war.

Dem Bedenken der Revision, daß der der kurzen Verjährungsfrist des § 638 BGB unterliegende Schadensersatzanspruch bereits verjährt sein könne, bevor überhaupt ein Schaden entstanden sei, hielt der BGH entgegen, daß es darauf hier nicht ankomme, bemerkt aber, daß es, abgesehen vom Fall des § 852 BGB für die Verjährung von Schadensersatzansprüchen nicht auf den Zeitpunkt ankomme, in dem der Schaden erkannt wird.

Der BGH stellt weiterhin fest, daß bereits mit der Entgegennahme der statischen Berechnungen (wie auch des Bauplans des Architekten) die Verjährungsfrist zu laufen beginnt, falls der Statiker (oder Architekt) keine Bauleitung übernommen hat. Im vorliegenden Falle "muß allerdings ein späterer Zeitpunkt in Betracht gezogen werden, weil für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, daß der Beklagte in statischer Hinsicht auch die Bauausführung zu überwachen hatte". Maßgeblicher Zeitpunkt ist für den BGH die Fertigstellung und Abnahme

des Rohbaus,wobei im vorliegenden Fall die Anbringung des Außenputzes als Abnahme angesehen werden konnte.

Abgesehen davon, daß der Senat bei keiner seiner Begründungen die bislang von ihm verwandten Abgrenzungsmaßstäbe zu Rate zieht, ist die Entscheidung mancherorts korrekturbedürftig. Mit Recht weist der BGH allerdings darauf hin, daß Statiker- und Architektenleistungen im wesentlichen gleich zu behandeln seien. Erfreulich ist auch, daß sich der 7. Zivilsenat in dieser Entscheidung erstmals eingehend mit der Kritik des Schrifttums auseinandersetzt. Die Einwendungen der Literatur [3o3] gingen in der Hauptsache - so der BGH - davon aus, daß der Senat in unzulässiger Weise Mängel des Bauplans den Mängeln des Bauwerks gleichsetze. Letztere seien keine dem Architektenwerk unmittelbar anhaftenden Schäden, das gelte jedenfalls dann, wenn der Architekt nur mit der Planung betraut sei.

Der Senat vermochte bei seiner Gegenargumentation nichts wesentlich Neues zu bringen. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist nach dem BGH das dem Architektenwerk innewohnende Ziel, sich im Bauwerk zu verwirklichen. Das auch dann, wenn der Architekt nur den Plan zu erstellen hat. "Gerade im Entwurf liegt seine Haupttätigkeit, und diese ist nicht weniger dazu geeignet und darauf angelegt, im Bauwerk verwirklicht zu werden, als die bauleitende Tätigkeit des Architekten und die der Bauhandwerker". Dem ist nicht beizutreten. [3o4] Der Architekt (und nichts anderes gilt für den Statiker) hat mit der Übergabe des Planes (den statischen Berechnungen) seinen vertraglich geschuldeten Erfolg erbracht. Er hat, falls ihm nicht die Bauleitung übertragen wurde, mit der

---

3o3) Pieper, aaO S. 459 (461 ff); Schmalzl, NJW 1962, S. 735 derselbe in MDR 1962, S. 4o5; Tempel, aaO S. 346 (35o f); Hess, aaO S. 98 ff.

3o4) vgl. dazu Seiten 88 ff

eigentlichen Errichtung des Bauwerks nichts mehr zu tun und ist in der Regel nicht mehr am Bauplatz tätig, [3o5)] so daß die Schäden an dem, von dem eigentlichen Architektenwerk isolierten, vertragsfremden Bauwerk als weitere Folge des Mangels außerhalb des Werkes an einem anderen Rechtsgut erwachsen. Eine andere Betrachungsweise ist nur dann angebracht, wenn der Architekt (Statiker) auch die Bauaufsicht und Oberleitung übernimmt, [3o6)] denn dann ist der geschuldete Erfolg in dem Bauwerk selbst zu sehen. Die Bauhandwerker werden, wenngleich nicht als Erfüllungshilfen, so doch als "verlängerter Arm" des Architekten (Statiker) tätig. Diesen Argumenten verschließt sich der BGH. Trotzdem erachtet der Senat die Trennung jener verschiedenen Leistungsinhalte bei der Frage des Beginns der Verjährungsfrist für notwendig. So läuft die Verjährungsfrist bei der nur planenden Architektenleistung (dabei betont der Senat ausdrücklich "aber keine Bauleitung übernommen hat") bereits mit Übergabe des Entwurfs, während im vorliegenden Fall die Verjährungsfrist des § 638 BGB erst mit der Fertigstellung und Abnahme des verputzten Bauwerks beginnt, da der Statiker auch die Bauaufsicht übernommen hatte. Damit bekennt der BGH wohl selbst, daß einmal nur der Plan (statische Berechnung), ein andermal das Bauwerk Vertragsgegenstand ist, denn entscheidend für den Beginn der Verjährung ist die Abnahme des geschuldeten Werkes. Es überrascht angesichts dieser Argumentation, daß der BGH die notwendige Konsequenz, nämlich die Scheidung der verschiedenartigen Leistungen auch innerhalb der Abgrenzungsproblematik der werkvertraglichen Schadensarten im Bereich des § 635 BGB, nicht zieht.

3o5) so auch das Berufungsgericht

3o6) siehe Seite 89

Schließlich behandelt der BGH den Einwand der Revision, daß die Verjährung des Schadensersatzanspruches bereits beendet sein könne, bevor der Schaden, der auf Fehlern der statischen Berechnung beruht, eingetreten sei, zu flüchtig. Er glaubt mit dem Hinweis, daß es, abgesehen vom Fall des § 852 BGB, für die Verjährung von Schadensersatzansprüchen nicht auf den Zeitpunkt ankomme, in dem der Schaden erkannt werde, die Bedenken der Revision entkräften zu können. Es geht hier indessen einzig und allein darum, daß der Schadensersatzanspruch des § 635 BGB gemäß § 638 BGB verjährt sein kann, bevor der Schaden überhaupt eingetreten ist. Man denke nur an die Schwierigkeiten, denen sich der Bauherr gegenübersieht, bevor mit der Bauausführung begonnen werden kann. Ziehen sich diese über Jahre hinweg und dauert die Bauausführung ebenso ein oder zwei Jahre, so kann die Beendigung des Bauwerks mit dem Ende der 5-jährigen Verjährungsfrist für Planungsfehler zusammenfallen. Tritt der Schaden, wie z.B. Feuchtigkeitsschäden infolge von Witterungseinflüssen, etwa zwei Wochen später auf, so sind die Schadensersatzansprüche bereits verjährt. Ersatzforderungen sind in diesem Fall niemals durchsetzbar, wenn § 638 BGB entscheidet.

14. Die vom 7. Zivilsenat im Garagenfall [307] geäußerte Ansicht, daß auch Folgeschäden über § 635 BGB abgewickelt werden könnten, präzisiert derselbe Senat in seinem Urteil vom 30.01.1969 [308] nun dahingehend, daß der Anspruch aus § 635 BGB auch "ähnliche nächste Schadensfolgen" umfasse, "entferntere Folgeschäden" dagegen, die außerhalb der Werkleistung erwachsen sind, seien der positiven Vertragsverletzung zu unterstellen.

---

307) Besprechung vgl. Seiten 99 ff

308) BGH NJW 1969, S. 838

In dem dem Gericht vorgelegten Falle hatte die vom Kläger beauftragte Beklagte mittels eines Autokrans eine Kranbrücke, mit deren Instandsetzung der Kläger vom Eigentümer des Laufkrans betraut worden war, von den Laufschienen zu heben. Infolge Fahrlässigkeit wurde die Kranbrücke vom Beklagten beschädigt. Die Regressverpflichtungen gegenüber seinem Auftraggeber machte der Kläger als Schaden geltend (Laufkranfall).

Mit Recht hielt der BGH den Beklagten aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung für schadensersatzpflichtig, denn die Regressverpflichtung gegenüber einem Dritten ist als Mangelfolgeschaden zu werten. Diese Verpflichtung nötigt den Kläger, Geldbeträge aufzuwenden, die sein sonstiges Vermögen schmälern. Der Schaden wirkt sich infolgedessen an einem vertragsfremden Rechtsgut aus.

Der Senat hingegen stützt sich in seiner Begründung darauf, daß es sich"um entferntere Folgeschäden"handele, die außerhalb der Werkleistung erwachsen seien. Was er unter "entferntere Folgeschäden" und "ähnlich nächste Schadensfolgen" versteht, bleibt offen. [309] Festzuhalten ist, daß auch diese Formel nicht imstande ist, die schwimmenden Konturen zu präzisieren, vielmehr wird die Urteilsfindung abermals manipulierbar. Es bleibt dem BGH mithin überlassen, nach eigenem Gutdünken sich einmal für, ein andermal gegen den engen Zusammenhang auszusprechen.

15. Freilich überrascht es dann auch nicht, wenn derselbe Senat einige Jahre später [310] selbst zugibt, daß die Prüfung des "engen Zusammenhangs" nicht"schematisch und for-

---

309) so auch in der nächsten Entscheidung BGH DB 1972, S. 481

310) Urteil vom 20.01.1972 BGHZ 58, S. 85 ff = NJW 1972, S. 625 = DB 1972, S. 481

melhaft"erfolgen dürfe, notwendig sei vielmehr eine "nähere Begründung und Wertung aus der Eigenart des Sachverhalts, worin im gegebenen Fall der "enge Zusammenhang" zu sehen ist. [311] Dabei kann sich, wie auch sonst, bei Generalklauseln im Verlauf der Rechtsprechung eine Typenbildung nach Tatbestandsgruppen ergeben". [312] Eine insofern bemerkenswerte Entscheidung, als sich der BGH veranlaßt sah, anhand eingehender Würdigung der Lösungsvorschläge und Kritiken des Schrifttums, [313] seine Kriterien zu überprüfen, um dann letztlich dennoch wieder an seiner bisherigen Rechtsprechung festzuhalten.

Ausgangspunkt dieser Entscheidung war folgender Fall:

Der Architekt, von einer Kirchengemeinde mit der Errichtung eines "Katholischen Zentrums" beauftragt, hatte im eigenen Namen dem beklagten Statiker den Auftrag für die statische Berechnung erteilt. Bereits ein Jahr nach der Fertigstellung des Hauses zeigten sich Feuchtigkeitsschäden in Form von Rissen. Die Kirchengemeinde machte den Architekten, für den die Klägerin als Haftpflichtversicherung eintrat, dafür verantwortlich. Die Klägerin ist der Ansicht, daß der aufgrund fehlerhafter statischer Berechnungen auftretende Schaden über die positive Vertragsverletzung abgewickelt werden müsse. Die Forderung sei nach § 67 VVG auf sie übergegangen. (Gemeindezentrumfall)

Der BGH ging zutreffend davon aus, daß der Vertrag zwischen dem Architekten und dem Beklagten als ein Werkvertrag zu werten ist. Die Verjährungseinrede (§ 638 BGB) des Beklagten hatte in allen Instanzen Erfolg.

---

311) Jakobs, aaO JuS 1975, S. 78 sieht in dieser Formulierung ein "Eingeständnis der Ohnmacht"

312) BGHZ 58 S. 85 (92)

313) die Kritik des BGH an den Auffassungen der Literatur wird hier nicht besprochen, vgl. Literaturmeinungen S. 131 ff

Der BGH führte dazu aus, daß unter die Vorschriften der §§ 635, 638 BGB zunächst derjenige Schaden des Werkbestellers fällt, der dem mangelhaften Werk unmittelbar anhaftet, sowie der entgangene Gewinn, jedoch auch gewisse außerhalb des Werkes stehende Folgeschäden, die mit dem Mangel des Werkes eng und unmittelbar zusammenhängen; dagegen gelten die Vorschriften der positiven Vertragsverletzung für entferntere Folgeschäden. Er bescheinigt der Revision, die mit einem Teil des Schrifttums [314] der Ansicht ist, daß alle über den unmittelbaren Zusammenhang mit dem Werk hinausgehenden Schäden der positiven Vertragsverletzung zu unterstellen seien, weil der Anspruch des § 635 BGB an die Stelle des ursprünglichen Mängelbeseitigungsanspruchs trete und daher nicht weiter reichen könne als dieser, [315] zwar eine richtige Ausgangsposition und den Vorzug einer klaren Abgrenzung der beiden Schadensersatzansprüche, hält es aber im Gegensatz zum Schrifttum für notwendig, in den Schadensersatzanspruch des § 635 BGB "nächste Folgeschäden" einzubeziehen. "Diese Notwendigkeit hat sich vor allem in den Fällen gezeigt, in denen ein Werk nur darauf ausgerichtet ist, in der Hand des Bestellers seine Verkörperung in einem bestimmten weiteren Werk zu finden, so daß sich Fehler des ersten zwangsläufig auf das zweite übertragen müssen, ja dort erst wirksam werden (sich realisieren)." Der BGH verdeutlicht diese seine Ansicht anhand der Architekten- und Statikerfälle.

---

314) Larenz, aaO § 53 II b; Diedrichsen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz von Mangelfolgeschäden, in AcP 165 (1965), S. 150 ff (164); Hoche, Unstimmigkeiten im Verjährungsrecht, in Festschrift für Heinrich Lange 1970, S. 241 (245); Hess, aaO S. 87; Grimm, aaO S. 14 ff

315) so Grimm, aaO S. 14 ff

Die Meinung des Beklagten und des neuen Schrifttums, [316] daß sämtliche Mangelfolgeschäden zum Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB führen, lehnt der BGH mit Nachdruck ab. Es bestehe die Erfahrung, daß gerade im Bereich des Werkvertrages noch lange nach der Verjährung Mängelfolgen auftreten könnten, die schwere Auswirkungen zeitigen (z.B. bei Unfällen infolge von Mängeln an Gebäuden und Maschinen). Solche Folgen habe der Gesetzgeber bei der Abfassung des § 638 BGB nicht vor Augen gehabt; ihre Durchsetzbarkeit könne deshalb nicht an dieser Vorschrift scheitern.

Wer den Hinweis, daß der an "einem anderen Rechtsgut" eintretende Folgeschaden möglicherweise zur Verneinung des engen Zusammenhangsführen könne, als langsames Abrücken von der bisherigen Rechtsprechung deutete, sah sich getäuscht. Denn bereits im nächsten Satz nimmt der Senat dieses Zugeständnis weitgehend zurück: "Andererseits zwingt der Umstand, daß es sich um einen Schaden handelt, der nicht das Werk selbst, sondern das "sonstige Vermögen" betrifft, für sich allein noch nicht dazu, den engen Zusammenhang zu verneinen."

Unter Anwendung dieser Grundsätze kam der BGH zu dem Ergebnis, daß zwischen dem Mangel des Statikerwerkes und der Regressverpflichtung des Architekten ein unmittelbarer Zusammenhang zu bejahen sei, so daß der Anspruch der Klägerin gemäß § 638 BGB verjährt war.

Der BGH betonte nochmals, daß das Statikerwerk und dessen Mangel im Bauwerk Wirklichkeit werden. Mit der Übernahme der vertraglichen Verpflichtung durch den Architekten, auch die statische Berechnung beizubringen, wurde bereits das Architektenwerk durch die fehlerhafte statische Berechnung mangelhaft. Auf diese Weise wurde der Schaden herbeigeführt. So gesehen würde der Sachverhalt den Architekten- und Statikerfällen gleichzustellen sein.

---

316) Ganten, aaO S. 1o8o; Laufs-Schwenger, aaO S. 1817, 1818; Esser, Schuldrecht II, 3. Auflage, § 8o, 3 b; Medicus, aaO in Festschrift für Kern, S. 313, 322, 326

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Es kann - entgegen der Ansicht des BGH - dahingestellt bleiben, ob bereits das Architektenwerk mangelhaft war. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Schadensart bleibt einzig und allein die Vertragsbeziehung Architekt - Statiker. Unterstellt man, daß der Bauherr den Statiker selbst beauftragt hatte, so wären Mängel des Bauwerkes als Mangelfolgeschäden zu qualifizieren. [317] Eine andere Betrachtungsweise kann erst recht nicht bei einem Vertrag zwischen Statiker und Architekt gelten, sofern der Schaden außerhalb des Bauwerks an dem vertragsfremden Vermögen des Architekten auftritt, weil der Architekt seinerseits wiederum von dem Bauherrn wegen Mängel des Bauwerks in Anspruch genommen wird. Diese Schadenszuordnung kann zweifelsohne nicht davon abhängen, auf welchem Wege der Statiker in Anspruch genommen wird. Der Übergang des Schadensersatzanspruches gemäß § 67 VVG auf die Haftpflichtversicherung ist für die endgültige Schadenszuordnung nicht mehr relevant. Richtige Anspruchsgrundlage wäre infolgedessen das Institut der positiven Vertragsverletzung gewesen.

Auch die Notwendigkeit, "nächste Folgeschäden" in den Bereich des § 635 BGB einzubeziehen, erscheint bei näherer Betrachtung fast unverständlich. Während der BGH sich bei "entfernteren Folgeschäden" dagegen sperrt, die §§ 635, 638 BGB anzuwenden, weil diese Schäden sich durch ihren aufgeschobenen Eintritt auszeichneten - gelte nämlich die kurze Frist, seien sie oft bereits verjährt, bevor sie überhaupt geltend gemacht werden können [318] - tritt diese Diskrepanz nach Meinung des BGH bei nächsten Folgeschäden offensichtlich nicht auf. Dem ist nicht beizutreten. Wenn der BGH schon zu dem Ergebnis kommt, daß

---

317) vgl. die Ausführungen zum Statikerfall BGH NJW 1967, S. 2259, Seiten 112 ff

318) BGH NJW 1976, S. 1507

Folgeschäden vorliegen, so kann er nicht, weil ihm das Ergebnis nicht behagt, über den Zusatz "nächste" und den allzu konstruiert wirkenden engen Zusammenhang (der in vielen Fällen gar nicht besteht) die gleiche Schadensart bezüglich der Verjährung unterschiedlich behandeln. Zudem sind die sogenannten "nächsten Folgeschäden" genauso wie die "entfernteren Folgeschäden" der Gefahr des aufgeschobenen Eintritts ausgesetzt. Denn all die Schäden, die der BGH als nächste Folgeschäden bezeichnet, wie z.B. die Kosten für Gutachten, Baustreitigkeiten, die Kosten für Ersatzwohnungen infolge fehlerhafter Planung eines (nicht bauleitenden) Architekten, können, wie bereits dargelegt, [319] auch erst nach 5 Jahren auftreten. Darüber hinaus ist bereits die Definition für "nächste Folgeschäden" mehr als zweifelhaft. Auch diejenigen Folgeschäden, die "außerhalb des Werkes" entstanden sind, sollen, falls "eng und unmittelbar mit dem Mangel des Werkes" verhaftet, über § 635 BGB liquidiert werden. Wie kann ein Schaden, der "außerhalb" des mangelhaften Werkes auftritt, gleichzeitig wiederum "eng und unmittelbar mit dem Mangel des Werkes" zusammenhängen. "Außerhalb" bedeutet doch nach der bisherigen Diktion des BGH gerade das Pendant zu"eng und unmittelbar".

Selbst wenn der BGH die Ausweitung des § 635 BGB - aus welchem Grund auch immer - für notwendig erachtet, so ist der vorgeschlagene Weg, weil dogmatisch und methodisch verfehlt, nicht gangbar. Zwar ist die Auslegung einer Norm mit Rücksicht auf die Rechtsfolgen ein legitimes Verfahren bei der Rechtsanwendung [32o] sie erweist sich aber dann als fragwürdig, wenn damit von Fall zu Fall allenfalls Billigkeitsurteile bezüglich der Verjährungsfrage ihre Rechtfertigung finden sollen.

---

319) vgl. Seiten 88 ff

32o) Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsanwendung, 197o, S. 115 ff

Diese Vermittlungsversuche lassen gerade die für den Rechtsuchenden so wünschenswerte einheitliche, für alle Fälle voraussehbare Lösung vermissen. Zum anderen dient die Unterscheidung nach "nächstem" und "entfernterem Fernegrad" sicherlich nicht einer rationellen und zugleich präzisen Abgrenzung der beiden Schadensarten.

Zu folgen ist dem BGH allerdings dann, wenn er der insbesondere von Grimm vertretenen Auffassung, daß der Schadensersatzanspruch des § 635 BGB an die Stelle des ursprünglichen Mängelbeseitigungsanspruchs trete und daher nicht weiterreichen könne als dieser, einen richtigen Ausgangspunkt bescheinigt. Denn der Gewährleistungsanspruch des § 635 BGB kann wegen des Wortes "statt" nicht weiterreichen als die ursprünglichen Gewährleistungsansprüche der §§ 633, 634 BGB, die ihrerseits wiederum durch den Geltungsbereich des § 633 Abs. 2 BGB begrenzt werden. [321] Allerdings bleibt der BGH auf dieser Stufe stehen, wenn er dann dennoch die "nächsten Folgeschäden" in den Bereich des § 635 BGB einbezieht. Überzeugender klang da noch die Feststellung des 6. Zivilsenats in seinem Urteil vom 2o.1o.1964 [322]: "Die eng auszulegende Vorschrift des § 635 BGB gilt ... nur für den reinen Erfüllungsschaden, für den spezifischen Mangelschaden, der sich unmittelbar aus der Minderwertigkeit des Werkes ergibt, nicht dagegen für Mangelfolgeschäden, durch die dem Besteller ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Nachteil entsteht", wenngleich auch der Begriff Erfüllungsinteresse unklar und schwer bestimmbar ist.

Der Hinweis des 7.Senats am Schluß der Entscheidung, [323] daß die Eigenart des Sachverhalts Berücksichtigung finden

---

321) siehe Seiter 148 ff

322) BGH NJW 1965, S. 1o6 (1o7)

323) BGHZ 58, S. 85 (9o)

muß und "sich wie auch sonst bei Generalklauseln im Verlauf der Rechtsprechung eine Typenbildung nach Tatbestandsgruppen ergeben kann", zeigt deutlich, daß sich die Debatte um die Anwendbarkeit des § 638 BGB auf Mangelfolgeschäden mehr und mehr inhaltlichen Bewertungen zuwendet. Die starren, formelhaften und vorwiegend dogmatisch begründeten Abgrenzungsmaßstäbe sollen anhand von Tatbestandsgruppen bezüglich der Verjährungsfrage sachgerechtere, auf den Einzelfall bezogene Lösungen ermöglichen. Wonach der BGH typisieren will, bleibt offen. Geht es dem BGH lediglich darum die im Gesetz vorgenommene Typisierung (Arbeiten an Bauwerken, Grundstücken, alle übrigen Werkleistungen) fortzuführen, so erscheint diese Typenbildung zu grob und unzureichend. Eine Typisierung hingegen, die alle werkvertraglichen Leistungsinhalte umfaßt, ist wegen des allzu heterogenen Werkvertragstyps kaum möglich. Eine aber nur beispielhaft vorgenommene Typisierung, abstellend auf die bisher in der Rechtssprechung behandelten Fälle, kann gleichfalls nicht zu einer endgültigen Lösung des Problems führen, sind doch viele Sachverhalte nicht unter die so gefundenen Tatbestandsgruppen zu subsumieren.

16. Wer nunmehr eine Änderung der Rechtssprechung erwartete, sah sich getäuscht. Bereits zwei Monate später greift derselbe Senat [324] abermals auf die alte These zurück, notwendig und ausreichend für die Annahme eines Mangelfolgeschadens sei der enge und unmittelbare Zusammenhang zwischen Werkmangel und Schaden. Die neuen Aspekte werden nicht mehr erwähnt.

Der BGH bewertete den Minderwert eines Hauses, der durch einen Vermessungsfehler eines Vermessungsingenieures entstanden war, als Mangelschaden im Sinne des § 635 BGB. Es handle sich um einen mit den Architekten- und Statikerfällen vergleichbaren Tatbestand.

---

324) BGHZ 58, S. 225 ff

Der nahen Verwandtschaft des vorliegenden Falles mit den Architekten- und Statikerfällen ist sicherlich zuzustimmen, nicht jedoch dem Ergebnis der Entscheidung. Denn die immaterielle Werkleistung des Vermessungsingenieurs löst einen Schaden an einer vertragsfremden Sache aus - Gegenstand der Vermessung war nur das Grundstück - so daß insoweit der Minderwert des Hauses einen typischen Mangelfolgeschaden darstellt (Vermessungsfall).

17. Umso erfreulicher ist es, daß der 7. Zivilsenat bereits in einer Entscheidung vom 13.4.72 [325] einen Brandschaden an einem Fabrikgebäude, der infolge einer vom Beklagten fehlerhaft hergestellten industriellen Ölfeuerungsanlage entstanden war, weil "an einem anderen Rechtsgut" [326] entstanden, als Mangelfolgeschaden bezeichnete (Brandfall).

Dieses Kriterium für den Mangelfolgeschaden - das Auftreten des Schadens an einem anderen Rechtsgut - , erstmals vom Reichsgericht im Hausschwammfall [327] verwandt, vom BGH nunmehr abermals [328] aufgeführt, kann für die Scheidung der beiden Schadensarten eine praktikable und gleichzeitig präzise Abgrenzungsformel anbieten.

18. Der 7. Zivilsenat schien dennoch kein besonderes Zutrauen zu dieser Formel zu haben, ging er doch im Grundstücksbewertungsfall [329] erneut von alten Grundsätzen aus.

Gleichwohl verdient die Entscheidung gesteigerte Beachtung. Einmal deswegen, weil der Senat sich nochmals eingehend mit den Auffassungen und Lösungsvorschlägen des Schrifttums befaßt,

---

325) BGHZ 58, S. 3o5 ff

326) vgl. Larenz, aaO § 53 II b; BGHZ 58, 3o8

327) RG JW 1938, S. 1646, Nr. 7

328) bereits BGHZ 58, S. 9o

329) BGH NJW 1976, S. 15o2; vgl. S.126

durch die Diskussion der wissenschaftlichen Gegenmeinungen die eigene Auffassung präzisiert, zum anderen nicht nur dogmatisch argumentiert, sondern auch die ratio legis der §§ 635, 638 BGB mit dem Vorstellungshorizont der Gesetzesredaktoren zu ergründen sucht.

Wie bereits im Gemeindezentrumfall[33o)] rückt der BGH in der Urteilsbegründung mehr pragmatische Gesichtspunkte in den Vordergrund, also die Frage, ob die Anwendung der kurzen Verjährungsfrist in Anbetracht der zu erwartenden Folgen auch hinsichtlich der Beweisschwierigkeiten sachgerecht erscheint.

Der dem Gericht zur Entscheidung vorgelegte Sachverhalt betraf eine Grundstücksbewertung durch einen sachverständigen Architekten. Der infolge zu niedriger Bewertung entstandene Schaden drückte sich insbesondere in der zu geringen Sicherung eines Hypothekendarlehens, welche die Bank einem Dritten für dessen Grundstückserwerb eingeräumt hatte, aus.

Zur Begründung des Mangelfolgeschadens berief sich der BGH in casu auf seine Entscheidungen in Gutachten-, Auskunfts-, und Schätzungsfällen, deren Schäden, weil der historische Gesetzgeber - " wie allgemein anerkannt" - nur Sachwerke vor Augen gehabt habe, "erst lange nach Ablauf der 6-Monatsfrist des § 638 Abs. 1 BGB zu entstehen pflegen" . Grundstücksbewertungen seien nicht anders gelagert. Zudem seien die häufig befürchteten Beweisschwierigkeiten leicht auszuräumen, da schriftliche Fixierung üblich sei.[331)] Auch müsse der Sachverständige damit rechnen, daß er nach Ablauf der Verjährungsfrist in Anspruch genommen werde, denn er wisse, daß Auswirkungen des fehlerhaften Werkes regelmäßig erst lange nach der Abnahme sichtbar werden.

33o) BGHZ 58, S. 85 ff, oben S. 117

331) vgl. bereits S. 1o5

Diese Ausführungen des Senats überzeugen und bedürfen keiner weiteren Erörterung.

Die Lösung der Fallgruppe "immaterielle Werkleistungen" [332] über das Institut der positiven Vertragsverletzung erscheint mir ebenfalls plausibel. Auch die Begründungen sind teilweise treffend. Dennoch sollte sich der BGH mehr dem allgemeinen, vertragsfremden Vermögensgut zuwenden, um dem Rechtssuchenden eine präzise voraussehbare Formel für Mangelfolgeschäden anbieten zu können. [333]

Die Tendenz des BGH, kausale Erwägungen, weil selbstverständliche Voraussetzung für jeden Schaden, bei der Distinktion der Schadensarten in den Hintergrund treten zu lassen, betont der BGH nochmals mit dem Hinweis, daß seine Abgrenzungsmaßstäbe lokal zu verstehen seien. Von diesen lokalisierten, den Fernegrad bezeichnenden Formeln sollte sich der BGH wegen der fehlenden Trennungsschärfe lösen.

Als Fazit bleibt zu hoffen, daß der BGH nicht bei dieser erfreulichen Aufgeschlossenheit gegenüber der wissenschaftlichen Diskussion stehenbleibt, sondern die Vorschläge des Schrifttums, die jahrzehntelang vernachlässigt wurden, als Ausgangspunkt zu erneuter Überprüfung seiner Rechtsprechung betrachtet.

---

332) m.E. zu erweitern auf Architekten-, Statiker- und Vermessungsleistungen, Beförderungsverträge, Sachverständigengutachten, Auskünfte, Taxierungen, Bilanzen ect.

333) die gleichwohl auftretende Diskrepanz der 3o-jährigen Verjährung mit der kurzen Verjährung des § 638 BGB wird bei den Lösungsvorschlägen auf Seiten 161ff behandelt.

IV. Kritik der vom Bundesgerichtshof verwandten Kriterien

1. Der stetige Wandel der forensischen Agrenzungskriterien illustriert die Schwierigkeiten, eine präzise, normative und alle Werkvertragstypen umfassende Formel für die Scheidung von Mangel- und Mangelfolgeschaden zu finden. Mit der Feststellung des BGH im Wackelspatzenfall, [334] daß die Schäden des § 635 BGB "eng und unmittelbar dem Werk anhaften" müssen, "weil wegen des Mangels unbrauchbar, wertlos und minderwertig", setzt er zunächst die reichsgerichtliche Judikatur fort, ohne jedoch zu versäumen, auf die "nicht ganz einheitliche" Rechtsprechung des Reichsgerichts hinzuweisen. Im Rechtsauskunftsfall [335] stellte er den Mangelschaden noch mit dem reinen Erfüllungsschaden auf eine Stufe. In BGH JZ 1963, S. 596, wiederum bezeichnet der BGH den Mangelschaden als den Schaden, welcher der mangelhaften Vertragsleistung anhaften muß. Letztlich modifiziert er seine ursprüngliche Umschreibung des Mangelschadens dergestalt, daß nunmehr "der dem Werk unmittelbar anhaftende Schaden sowie der dieserhalb im Sinne des § 252 BGB entgangene Gewinn" [336] der dem § 635 BGB unterfallende Schaden sei. Um die Verwirrung noch größer zu machen, erweitert er den Bereich des § 635 BGB um "ähnliche und gewisse, nächste Folgeschäden, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Werk stehen", [337] betont aber gleichzeitig, daß der Begriff des unmittelbaren Zusammenhangs nicht schematisch und formelhaft, sondern nach den Gegebenheiten des Einzelfalles zu sehen sei. [338]

---

334) BGHZ 35, S. 130

335) BGH NJW 1965, S. 106

336) BGHZ 58, S. 85 (87); S. 225 (228)

337) BGH NJW 1969, S. 838; BGHZ 58, S. 85 (87)

338) BGHZ 58, S. 85 (92)

2. Als Mangelfolgeschäden kommen nach Meinung des BGH alle die Einbußen in Betracht, die "außerhalb des Werkes erwachsen" [339] oder auch "an anderen Rechtsgütern" auftreten. [340] Das "besondere selbständige Ereignis" des Reichsgerichts wird nicht mehr für entscheidungserheblich gehalten. [341]

3. Die Unterscheidung von Mangel- und Mangelfolgeschaden im Werkvertragsrecht anhand von Formeln, die nur auf den Fernegrad der Schadensnähe zum mangelhaften Werk abstellen, kann, wie bereits ausgeführt, [342] zu keiner praktikablen, präzisen und normgerechten Lösung führen. Die Gleichstellung von Mangelschaden und Erfüllungsinteresse [343] vermag dann nicht mehr zu überzeugen, wenn es sich um Schäden handelt, die zwar noch das Erfüllungsinteresse betreffen, aber gleichzeitig Vermögensentnahmen erfordern; so z.B. die Kosten für eine Ersatzwohnung, die notwendig wird, weil das Haus infolge von Mängeln nicht bezugsfertig ist. Der Erfüllungsanspruch beinhaltet selbstverständlich auch die Bezugsfertigkeit des Gebäudes. Gleichwohl gebietet der in der vertragsfremden Vermögenssphäre des Bestellers auftretende Schaden eine andere rechtliche Wertung, er ist als Mangelfolgeschaden über die positive Vertragsverletzung auszugleichen. Zudem ist der Begriff "Erfüllungsinteresse" zu ungenau und schwer

---

339) seit BGHZ 35, S. 130 ständige BGH Rechtsprechung

340) BGHZ 58, S. 85 (92); BGH NJW 1976, S. 1502; BGHZ 58, S. 305

341) dennoch erwähnt der BGH das "besondere Ereignis" mehrmals, ohne jedoch seine Entscheidung davon abhängig zu machen (BGHZ 35, S. 130; BGH NJW 1965, S. 106 (107)

342) vgl. Seiten 52 ff

343) BGH NJW 1965, S. 106 (107)

bestimmbar, [344] bedürfte somit einer exakten Erläuterung, was unter Erfüllungsinteresse zu verstehen und wie das Erfüllungsinteresse vom Integritätsinteresse abzugrenzen ist. Der Hinweis des BGH in BGH NJW 1965, S. 1o6 (1o7), Mangelfolgeschaden sei derjenige Schaden, der über das Erfüllungsinteresse hinausgehe, genügt jedenfalls diesen Anforderungen nicht. Auch im Hinblick auf immaterielle Werkleistungen erscheint die Begrenzung auf das Erfüllungsinteresse als unzweckmäßig, denn bei der Regelung des Werkvertragsrechts standen dem Gesetzgeber nur Sachwerke vor Augen, während er die Eigenart nicht körperlicher Werkleistungen nur ungenügend bzw. überhaupt nicht berücksichtigte. [345]

4. Richtig im Ausgangspunkt ist das Kriterium für den Mangelfolgeschaden, soweit der BGH auf die Verletzung des anderen "Rechtsguts" abstellt. Erweitert und bezüglich der Verjährungsfrage modifiziert angewandt scheint dies der gangbarste Lösungsweg zu sein. [346]

5. Trotz oft sachlich nicht vertretbarer Ergebnisse in der Urteilsfindung ist der Rechtsprechung des BGH zu bescheinigen, daß sie nicht starr an ihren Formeln festhält, sondern sich bemüht, über dogmatische und rechtstheoretische Erörterungen und über die Auseinandersetzung mit den Gegenmeinungen in der Literatur einen Ausweg aus dem Dilemma des werkvertraglichen Abgrenzungsproblems zu finden. Allerdings sollte der BGH in den einzelnen Fallentscheidungen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte nicht überbewerten, sondern sich im Interesse der Rechtssicherheit endlich zu einer praktikablen und für die werkvertraglichen Fallgestaltungen voraussehbaren Formel bekennen. Vermittlungsversuche, die vorwiegend das Ziel haben, rationelle Verjährungsfol-

---

344) vgl. Schmitz, aaO S. 2o81 (2o83); Medicus, aaO S. 33o; Schubert, aaO S. 181

345) Mot. II (1888) § 567

346) vgl. Seiten 151 ff, 168 ff

gen zu vermitteln, können zur Lösung des Abgrenzungsproblems [347] nicht beitragen.

D. Literatur

I. Die zahlreichen Versuche in der Literatur, die begriffliche Grenzlinie zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden zu präzisieren, werden im folgenden dargestellt. [347a]

1. Auf den ersten Blick, so scheint es, zeigen sich die Kommentatoren in freundlicher Eintracht. In der Tat finden sich weitgehend einheitliche Formulierungen für die Abgrenzung von Mangel- und Mangelfolgeschäden. So wird meist darauf abgestellt, daß der unter § 635 BGB fallende Schaden derjenige sei, der durch die dem Werk anhaftenden Mängel hervorgetreten sei. Schäden hingegen, die nicht unmittelbar auf den Mangel des Werkes zurückgehen, sondern durch ein weiteres selbstständiges Ereignis verursacht wurden, unterlägen dem Institut der positiven Vertragsverletzung. [348] Befaßt man sich jedoch eingehender mit der Veröffentlichung der Literatur, so sieht man sich einer Vielzahl von Lösungsvorschlägen und Theorien gegenüber.

Ein Großteil der Literatur richtet sich, wie bereits oben erwähnt, allein nach kausalen Gesichtspunkten; Grimm [349] dagegen will auf den jeweiligen Schadensort abstellen, während Larenz [35o] die Abgrenzung nach dem verletzten Rechtsgut vornimmt. Todt [351] will das Problem mit einer Typologie der möglichen Schadensarten im Werkvertragsrecht lösen. Auch Baller-

---

347) selbstverständlich müssen die Kriterien zur Abgrenzung auch unter dem Gesichtspunkt der Verjährungsfolgen erarbeitet werden.

347a) vgl. bereits Seiten 7 ff

348) Erman-Seiler, § 635 Rdz.22; Soergel-Ballerstedt, § 635, Rdz.1o; Staudinger-Riedel, Rdz. 6 und 8 zu § 635; RGRK-Denecke, 11. Auflage, Anm. 4 und 5 zu § 635; Enneccerus-Lehmann, §151 II 2 f; Oertmann, Anm. 5 zu § 638.

349) Grimm, aaO § 53 II b

35o) Larenz, aaO S. 14 ff

351) Todt, aaO; derselbe in BB 1971, S. 68o ff

stedt [352] schlägt eine Typisierung nach Werkvertragstypen vor, die aus den in der Rechtsprechung bereits entschiedenen Fällen gebildet werden. [353] Jakobs [354] indes differenziert nach der Art des konkreten Fehlers. Eine im Vordringen befindliche Meinung [355] hält die Unterscheidung für überflüssig und will alle Mangelfolgeschäden in den Bereich des § 635, bzw. 638 BGB einbeziehen.

Diese kurze beispielhafte Aufzählung aus dem Wirrwarr [356] von literarischen Lösungsvorschlägen ist Ausgangspunkt für die folgende Analyse.

---

352) Ballerstedt, aaO S. 715 ff

353) um es dann letztlich für ratsam zu halten, auch Mangelfolgeschäden den §§ 635, 638 BGB zu unterstellen.

354) Jakobs, aaO S. 76 ff

355) Medicus, aaO S. 313, ff (321), Schmitz, aaO S. 2o81;Finger, aaO DB 1972, S. 1211 ff (122o); Laufs-Schwenger, aaO S. 1817 (1822); Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, in AcP 136, S. 256, 31o ff u. Anm. 1o7 f; Ganten, aaO S. 1o8o

356) es würde den Rahmen der Arbeit sprengen, wollte man alle Lösungsvorschläge der Literatur nachvollziehen.Einige wichtige seien noch angemerkt: Hess (aaO S. 9o) und Pieper (aaO S. 4o9 ff, 461) stellen auf die Verletzung des Erfüllungs- bzw. Integritätsinteresse ab. Diese Unterscheidung erscheint in Anbetracht der Unklarheiten (s. dazu S. 149) und der mögl. Überschneidung der Begriffe zu ungenau. Der "Schaden im Funktionsbereich" soll nach Schubert (JR 1975, S. 179 ff (181) das ausschlaggebende Kriterium für den Mangelschaden sein. Diese Ansicht erweist sich als zu weitgefaßt, denn die Schäden, die sich bedeutend später an nicht vertraglichen Objekten auswirken, müssen, obwohl möglicherweise noch im Funktionsbereich des mangelhaften Werkes gelegen, den Mangelfolgeschäden zugeordnet werden. Auch die Distinktion zwischen "mangelhaften und gefährlichen Werken" ist nicht praktikabel (Raape, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, in AcP 147, S. 217 ff, S. 256 ff, erläutert diese seine Meinung zwar nur für das Mietrecht, für das Werkvertragsrecht muß jedoch das gleiche gelten), denn es ist nicht immer möglich, zwischen mangelhaft und gefährlich zu unterscheiden; so kann ein mangelhaftes Werk erst durch Einwirkungen von außen zu einem gefährlichen Werk werden. Zudem kann das Interesse an der Ungefährlichkeit dem Interesse an der Mangelfreiheit entsprechen. (Fortsetzung siehe nächste Seite)

2. a) Die Schwächen der kausalen Abgrenzungskriterien wurden bereits auf den S. 64 ff ausführlich erörtert. Darüber hinaus erschöpfen sich die Begründungen für diese Thesen durchwegs in Hinweisen auf die in der Rechtsprechung gebräuchlichen Unterscheidungsmerkmale. Dabei verkennt das überwiegende Schrifttum, soweit es reichsgerichtliche Judikatur zitiert, daß oft eine Übereinstimmung gehlt, [357] denn das Reichsgericht stellte vielerorts nur darauf ab, ob der Schaden dem Werk, der Werkleistung usw. unmittelbar anhaftet, läßt also Kausalitätserwägungen, auf die sich das Schrifttum gerade stützt, außer Acht. Das Zitieren der BGH-Urteile vermag ebenfalls nicht die Auffassungen der Vertreter der - wenn man so will - "Kausali-

---

356) Fortsetzung von Seite 132
Gegen die von Lehmann (Enneccerus-Lehmann § 151 II. 7) vorgeschlagene Beschränkung des § 635 BGB auf abnahmefähige Werke spricht bereits der Wortlauf des Gesetzes. Gemäß § 646 BGB wird die Anwendbarkeit der Gewährleistungsvorschriften auf nicht abnahmefähige Werke vorausgesetzt. Letztlich plädiert Diedrichsen (Schadensersatz und Mangelfolgeschaden, in AcP 165, S. 162 ff) dafür, den Umfang der Ersatzpflicht des Unternehmers durch Auslegung der Vereinbarung zu bestimmen. Der Umfang des aus § 635 BGB zu ersetzenden Schadens ergäbe sich daraus, was der Unternehmer zu vertreten habe. Vertretenmüssen im Sinne des § 635 BGB könne aber auch über eine Garantiezusage die Einstandspflicht auslösen. Ein unselbständiges Garantieversprechen, da inhaltlich auf die Vertragsmäßigkeit des Werkes beschränkt, richte sich noch nach § 635 BGB. Mangelfolgeschäden seien davon nicht erfaßt, wohingegen die selbständige Garantie auch andere Rechtsgüter in den vertraglichen Schutz einbeziehe (z.B. Nichteintritt bestimmter Mangelfolgeschäden). Diese sogenannte selbständige Garantie interessiert bei der Frage der Abgrenzung nicht, denn sie begründet keinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, sondern lediglich eine zum Werkvertrag hinzutretende Ersatzpflicht, die in 3o Jahren verjährt. Eine eigentliche Abgrenzung der beiden Schadensarten nimmt Diedrichsen damit nicht vor, sondern beleuchtet nur die Spielarten des Vertretenmüssens im Sinne des § 635 BGB

357) Grimm, aaO S. 15

tätstheorie" zu stützten, denn der BGH argumentiert, wie er selbst ausdrücklich betont, [358] lokal.

b) Der erstmals von Todt [359] vorgeschlagene, von Ballerstedt [360] und nunmehr auch vom BGH [361] aufgegriffene Aspekt, die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschaden anhand von Typenbildern vorzunehmen, verdient Beachtung. Auch das Gesetz hat in § 638 BGB eine Typenbildung nach Arbeiten an Bauwerken, an Grundstücken und allen übrigen Werkleistungen vorgenommen. Diese Typisierung durch das Gesetz erwies sich jedoch in Anbetracht der technischen Fortschritte und Veränderungen der werkvertraglichen Leistungsinhalte und angesichts der Diskrepanz in der Verjährungsfrage [362] als zu eng und einseitig. Offensichtlich gingen die Gesetzesredaktoren davon aus, daß bei "allen anderen" Werkvertragsleistungen die Mängel zumindest regelmäßig innerhalb der 6-monatigen Frist zutage treten. Die Typisierung des Gesetzgebers bedarf somit der Korrektur. Damit stellt sich die Frage, wonach zu typisieren ist,und ob diese Typenbildung der geeignete Weg ist, eine praktikable Lösung anzubieten. Die Typenbildung selbst - das ist zu bedenken - kann für sich allein noch keine Trennungslinie zwischen den beiden Schadenskategorien liefern. Vielmehr müssen vorerst die eigentlichen Kriterien der Unterscheidung erarbeitet werden, um dann die gefundenen Typenbilder dem Mangel bzw. dem Mangelfolgeschaden zuordnen zu können.

---

358) BGH NJW 1976, S. 1502

359) Todt, aaO

360) Ballerstedt, aaO

361) BGHZ 58, S. 85

362) man denke nur an die Verschiebung des Schadenseintritts bei immateriellen Werkleistungen, so daß die Ansprüche nicht selten bereits verjährt sind, bevor sie entstanden sind.

Die Typisierung kann im Hinblick auf die Abgrenzungsfrage also nur als Anhaltspunkt für eine Vielzahl von ähnlich - und gleichgelagerten Sachverhalten dienen. Bei der Suche nach Typenreihen sollten selbstverständlich neben den Intentionen der historischen Gesetzgeber auch pragmatische und dogmatische Gesichtspunkte bezüglich der Verjährungsfrage Eingang in die Überlegung finden. Darüber hinaus wäre es angebracht, eine Begründung, warum das Abgrenzungsproblem "nur" über die Typologie zu lösen ist, zu liefern.

aa) Dies hat Todt versäumt. Seine Typisierung nach Schadensarten erscheint auf den ersten Blick plausibel, kann aber bei näherer Betrachtungsweise nicht darüberhinwegtäuschen, daß eine praktikable Abgrenzung, insbesondere unter Zugrundelegung der von ihm entwickelten allgemeinen Abgrenzungsmerkmale, nicht exakt genug zu besorgen ist. So sind die Konturen zwischen Erfüllungsinteresse und Erhaltungsinteresse [363] zu schwimmend, weil einmal das Erfüllungsinteresse und auch das Erhaltungsinteresse zu ungenaue Begriffspaare darstellen und Überschneidungen möglich sind. [364] Soweit er das Erfüllungsinteresse auf die Leistungspflicht des Schuldners begrenzt, [365] kann diese Formel keine allgemeine Gültigkeit beanspruchen, [366] denn bei der Ermittlung des Umfangs der Leistungspflicht ist nur der Einzelvertrag ausschlaggebend. Eine Translation dieser allgemeinen Gedanken auf die verschiedenen Schadensarten kann demnach nur dann erfolgversprechend sein, wenn vorher der Werkvertragstyp und der Einzelvertrag genauestens analysiert wurde. Man kann folglich nicht von der Schadensart auf das Erfüllungsinteresse und damit gleichzeitig auf einen Mangelschaden schließen, sondern muß diffizile Wertungen anhand des Einzelfalles treffen, inwieweit der Umfang der Leistungspflicht noch maßgebend für den jeweiligen Schadens-

---

363) Todt, aaO S. 141

364) siehe Seiten 129 ff

365) Todt, aaO S. 142

366) Schubert, aaO S. 18o, Fußn. 9

typ ist. Das eigentliche Ziel der Schadenstypologie, daß bereits die Zuordnung des Schadens zu einem Schadenstyp regelmäßig eine Aussage darüber trifft, ob Mangel- oder Mangelfolgeschaden, scheint verfehlt. Allerdings muß Todt zugestanden werden, daß gewisse Schadenstypen, wie der entgangene Gewinn, die Mangelbeseitigungskosten oder der Minderwertschaden keiner neuerlichen Wertung bedürfen, sie sind typische Mangelschäden im Sinne des § 635 BGB. Problematisch wird es schon bei den Regressverpflichtungen - Todt bezeichnet sie als Haftpflichtschäden -, sie können einmal als Mangelschäden ein andermal als Mangelfolgeschäden auftreten. Entscheidend für die Distinktion kann nicht die Subsumtion des Schadens unter den Haftpflichtschaden sein, sondern ausschlaggebend für die Beurteilung, ob Mangel- oder Mangelfolgeschaden,ist,welchen beiden Schadensarten der Schaden zuzurechnen ist, wenn er von dem primär Geschädigten selbst verfolgt werden würde. So gesehen kann dem Schadensersatzanspruch sowohl ein Mangelschaden als auch ein Mangelfolgeschaden zugrundeliegen. Es kann bei der Frage nach der Schadensart keinen Unterschied machen, ob der Schaden direkt oder von einem Mitverantwortlichen, der mit dem Schädiger in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis steht, oder von einem Dritten, auf den die Forderung übergegangen ist, geltend gemacht wird. [367] Die Gruppe der Haftpflichtschäden hat mithin für die Abgrenzungsproblematik keinen Aussagewert, da die Frage, ob Mangel- oder Mangelfolgeschaden, bereits entschieden ist, bevor die Zuordnung zum Haftpflichtschaden relevant wird.

---

367) vgl. Gemeindezentrumsfall BGHZ 58, S. 85 ff; Laufkranfall BGH NJW 1969, S. 838

Andere Schadenstypen wiederum sind zu weit gefaßt. Sie bilden gleichsam einen Auffangtatbestand, so u.a. die Schadenskategorie "zusätzliche und nützliche Aufwendungen". [368] Dennoch oder gerade deswegen bereitet die Zurechnung zu diesen Schadenstypen erhebliche Schwierigkeiten. Im Baueinsturzfall [369] z.B. subsumiert der BGH die Abstützungskosten für ein einsturzgefährdetes Gebäude unter Mangelbeseitigungsschäden. Gleichwohl könnte man diese Kosten als zusätzliche Aufwendungen deklarieren. Im Rohbaufall [37o] ist die Zuordnung von nicht mehr zurückforderbaren Abschlagszahlungen für fehlerhafte Unternehmerleistungen äußerst problematisch, denn die Zahlungen wurden deswegen nutzlos, weil der wegen planerischer und aufsichtstechnischer Fehler des Architekten völlig unbrauchbare Rohbau abgerissen werden mußte. Es liegt auf der Hand, diese Kosten als nutzlose Aufwendungen zu bezeichnen. Trotz alledem müssen die Schäden, die ein auch bauleitender Architekt auslöst, wenn nicht an anderen Rechtsgütern aufgetreten, als Werkinhärente Schäden, d.h. als Mangelschäden gewertet werden, [371] weil der Schaden in der dem Minderwert eines Bauwerkes gleichzustellenden völligen Unbrauchbarkeit liegt. Eine andere Schadensart kann nicht deswegen vorliegen, weil der Bauherr eine wegen des Konkurses des Bauunternehmers nicht mehr rückforderbare Abschlagszahlung als Schaden geltend macht. [372]

bb) Die von Ballerstedt vorgeschlagene Typisierung nach Werkvertragsarten, die aus den in der Rechtsprechung bereits entschiedenen Fällen gebildet werden soll, kann gleichfalls nicht

---

369) BGH NJW 1967, S. 34o

37o) BGHZ 1963, S. 596

371) siehe Seiten 92 ff

372) so auch BGHZ in JZ 1963, S. 596

überzeugen. Die Unterscheidung in drei werkvertragliche Geschäftstypen kann nur eine beispielhafte Aufzählung, eine Bestandsaufnahme verschiedener Fallgruppen darstellen. Eine allumfassende, sämtliche werkvertraglichen Fallgestaltungen beinhaltende Typisierung hatte Ballerstedt wohl selbst nicht vor Augen. Der Versuch einer kasuistischen Typologie muß an der Heterogenität der Werkvertragstypen scheitern. Daß diese Typenbildung aber keine für alle Sachverhalte des Werkvertragsrechts geltende Formel anbieten kann, zeigt deutlich, auf welchen unsicheren Boden man sich begibt. Die Rechtssicherheit wird mithin eher gefährdet als gefestigt. Eine Analyse der einzelnen vorgeschlagenen Fallgruppen erübrigt sich. Mit Recht lehnt Jakobs [373] die Typenbildung nach Werkvertragsarten so, wie sie Ballerstedt vorschlägt, insbesondere deswegen ab, weil die eine Gruppe "des gesetzlich reinen Typs des Werkvertrages" als Auffangtatbestand zu weit gefaßt, die anderen beiden Gruppen zu allgemein gekennzeichnet seien, um eine sichere Zuordnung der einzelnen Fallarten vornehmen zu können. Dennoch bescheinigt er Ballerstedt, daß eine derartige Typenbildung durch die gesetzliche Regelung der §§ 638 BGB und ihrer gesetzlichen Typisierung nahe liegt.

c) Jakobs hingegen will noch weitergehen. Er glaubt das Problem bewältigen zu können, wenn er nach der Art des konkreten Fehlers unterscheidet. Dabei kommt es ihm nicht entscheidend auf die Trennungslinie Mangel- und Mangelfolgeschäden an. Vielmehr solle für gewisse konkrete Mängel, die typischerweise nicht kurzfristig auftreten und bei denen nach ihrer Beschaffenheit auch noch nach längerer Zeit die Ermittlung ihrer Ursache ohne Schwierigkeiten möglich ist, zwar auch § 638 BGB Anwendung finden, jedoch nur mit der Maßgabe, daß

---

373) Jakobs, aaO JuS 1975, S. 79, 80

die Frist d. § 638 BGB erst mit der Erkennbarkeit des Schadens beginne. Dies sei wegen des aufgeschobenen Eintritts dieser Schäden aus unkörperlichen Werken, wie etwa Schäden aus fehlerhaften Auskünften, Gutachten und Grundstückstaxen erforderlich. Die kurze Verjährung passe hier nicht.

Gegen die im Ausgangspunkt (zu kurze Verjährungsfrist für Schäden aus unkörperlichen Werken) akzeptable These bestehen insoweit Bedenken, als Jakobs eine Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden nicht mehr für notwendig erachtet und zweitens das auslösende Ereignis für den Lauf der Verjährung für diejenigen Schäden, die typischerweise nicht kurzfristig auftreten, in der Erkennbarkeit des Schadens sieht. Letzterer Vorschlag verbietet sich insbesondere deswegen, weil diese deliktsrechtlichen Merkmale bezüglich des Verjährungsbeginns (§ 852 Abs. 1 BGB) grundsätzlich nicht auf das Vertragsrecht übertragbar sind. Vertragliche und deliktische Haftung sind eigenständigen Regeln unterworfen.

Soweit Jakobs die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschaden für überflüssig hält, verkennt er die praktische Bedeutung dieser Abgrenzung. [374] Auch Jakobs kann sich nicht völlig dieser Unterscheidung in der Praxis verschließen. Ganz abgesehen von den typischen Fallgestaltungen der dritten Art der Leistungsstörungen sind Körperschäden aufgrund fehlerhafter Werkleistungen, weil nicht mehr typisches Risiko der werkvertraglichen Sonderordnung, zweifelsohne über das Institut der positiven Vertragsverletzung auszugleichen, gleichviel ob man sie als Mangelfolgeschäden oder mittelbare Schäden bezeichnet. Selbst wenn man, wie Jakobs vorschlägt, auf die gesetzliche Alternativität von Schadensersatz einerseits

---

374) siehe Seiten 155 ff

und Wandlung andererseits verzichtet, [375] d.h. das Wörtchen "statt" in § 635 BGB streicht, gewinnt die Unterscheidung zwischen den beiden Anspruchsgrundlagen des § 635 BGB und der positiven Vertragsverletzung zumindest in den Bereichen der Haftpflichtversicherung erhebliche praktische Bedeutung. Denn wird dem Unternehmer der Haftpflichtversicherungsschutz versagt, handelt es sich um Schäden, die infolge der Nichterfüllung der Leistungspflicht entstehen. Nur darüber hinausgehende Mangelfolgeschäden werden ersetzt.

Beachtlich an den Ausführungen Jakobs ist, daß er erstmals, wenn auch nur am Rande, einen m.E. für die Abgrenzung wesentlichen Aspekt beleuchetet. Er [376] weist daraufhin, daß die kurze Verjährung im Sinne des § 638 BGB für die unkörperlichen Werke nicht paßt. [377] Dabei beruft er sich allerdings auf die in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle, wie die Beförderung von Personen und Sachen, die Erstellung von Gutachten, die Erteilung von Auskünften und die Anfertigung einer Grundstückstaxe. Er führt dazu aus, daß die Befürchtungen, die Ermittlung der Schadensursachen werde nach Ablauf eines längeren Zeitraums kaum mehr möglich sein, unbegründet seien. Dies ist zutreffend, denn die meisten "immateriellen" Werkleistungen werden schriftlich fixiert. [378] Wenn man nunmehr über die

---

375) Jakobs erkennt hier wohl selbst, daß die Aufgabe der bisherigen Differenzierung nur unter Einschränkungen möglich ist. Der vorgeschlagene Verzicht auf die gesetzliche Alternativität verstößt jedoch eindeutig gegen den Gesetzeswortlaut.

376) Jakobs, aaO S. 8o

377) so auch Detlev Hensche, Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Recht der Sachmängelgewährleistung, Dissertation, Bonn 1975, S. 114

378) eine Ausnahme bildet die Beförderungsleistung

von Jakobs aufgezählten Fälle hinaus alle unkörperlichen Werke nicht mehr dem Bereich der werkvertraglichen Sonderordnung zurechnet, wird man neue Wege finden müssen, praktikable Verjährungsfolgen zu erreichen. [379] Die von Jakobs vorgeschlagene Verschiebung des Verjährungsbeginns bis zur Erkennbarkeit des Schadens kann aus den obengenannten Gründen nicht überzeugen.

d) Im Ergebnis befriedigend erweisen sich die Lösungsvorschläge Grimm's. [380] Für das Abgrenzungsproblem kommt es nach Grimm nicht auf die Kausalitätserwägungen oder auf den Fernegrad des Schadens zum Mangel des Werkes an, sondern ausschlaggebend sei vielmehr der Schadensort, d.h., ob der Schaden am Werk oder außerhalb des Werkes auftritt. Diese Trennungslinie nach Schadensorten ist m.E. wesentlich schärfer und zugleich praktikabler als die Scheidung der beiden Schadensarten nach dem Fernegrad oder nach der Schadensverursachung. Die Bestimmung des Schadensobjektes bedarf in diesem Falle keiner weiteren diffizilen Wertungen. Tritt der Schaden am Werk selbst auf bzw. wohnt er ihm inne, [381] so handelt es sich um einen Mangelschaden. So gesehen kommen nur der entgangene Gewinn, der Minderwert und die mit ihm konkurrierenden Schäden, wie etwa die Mängelbeseitigungskosten, als Mangelschäden im Sinne des § 635 BGB in Betracht. [382] Soweit Grimm die Kosten der Mängelbeseitigung, weil sie das Vermögen schmälern, über die positive Vertragsverletzung liquidieren will, wird seine Abgrenzung etwas zu formalistisch. Denn Grimm beachtet nicht, daß diese Schäden als werkinhärente

---

379) siehe dazu Seiten 161 ff

380) Grimm, aaO S. 14 ff

381) Grimm, aaO S. 16

382) zur dogmatischen Rechtfertigung siehe Seiten 151 ff

Schäden mit dem Minderwert des Werkes quasi identisch sind. Als weitere außerhalb des Werkes stehende Mangelfolgeschäden verbleiben alle diejenigen Schäden, die das sonstige Vermögen und die vertragsfremden Rechtsgüter betreffen. [383]

e) Auch Larenz [384] wendet sich, ähnlich wie Grimm, dem verletzten Rechtsgut zu. Er unterscheidet danach, an welchem Rechtsgut der (konkrete, reale) Schaden eingetreten ist. § 635 BGB umfasse nur den Schaden, der dem Besteller infolge des Minderwerts des Werkes und des dadurch bedingten Vermögensverlustes, einschließlich des entgangenen Gewinns, erwachsen sei. Die an anderen Rechtsgütern auftretenden Schäden seien über die positive Vertragsverletzung abzuwickeln. Dieser Auffassung kann beigetreten werden, weil sie klar und unmißverständlich zwischen zwei Schadensbereichen trennt. Allerdings wird man - dies hat Larenz bisher nicht getan - darlegen müssen, warum eine Beschränkung des § 635 BGB auf einen bestimmten Ausschnitt der adäquat kausalen Folgen eines Werkmangels gerechtfertigt ist. [385] Auch der Diskrepanz zwischen der zuweilen u. a. wegen den Beweisschwierigkeiten als zu lang gerügten 3o-jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB für Mangelfolgeschäden und der kurzen Verjährung des § 638 BGB für Mangelschäden muß im Interesse einer zweckmäßigen Lösung des Abgrenzungsproblems Rechnung getragen werden.

f) Die neuerdings im Schrifttum [386] vertretene Auffassung, alle Mangelfolgeschäden seien in den Bereich der §§ 635, 638 BGB einzubeziehen, vermag - soweit § 635 BGB auch Mangelfolgeschäden decken soll und § 638 BGB auf Schäden aus immateriellen

---

383) so auch Finger, aaO DB 1972, S. 1218

384) Larenz, aaO § 53 II b

385) siehe Seiten 148 ff

386) siehe Fußnote 335

Werken Anwendung findet - keinen Ausweg aus dem oft nicht zu übersehenden Zwiespalt der schutzwürdigen Interessen beider Parteien anzubieten.

Daß § 635 BGB eine abschließende Regelung auch für den Ersatz der Mangelfolgeschäden enthält, wird u.a. damit begründet, daß der historische Gesetzgeber das Problem der Mangelfolgeschäden gesehen und in den §§ 635, 638 BGB auch geregelt habe. Das Problem sei bereits vom Kaufrecht des gemeinen Rechts her bekannt. Es wurde bereits dargelegt, [387] daß dem historischen Gesetzgeber zumindest im Werkvertragsrecht Mangelfolgeschäden weitestgehend unbekannt waren. Wollte man dennoch den Gesetzesredaktoren die Kenntnis der Mangelfolgeschäden und deren Einbeziehung in den Schadensersatzanspruch des § 635 BGB unterstellen, so würde man sich offensichtlich nicht mehr an die Gesetzesmaterialien gebunden fühlen. Denn ausweislich der Materialien [388] hielt es der Gesetzgeber für erforderlich, das ursprüngliche "außerdem" des § 596 Abs. 3 alter Fassung durch "statt" zu ersetzen, so daß die Schadensersatzforderung des § 635 BGB ihrem Umfang nach nicht über das Primärrecht des § 633 Abs. 2 BGB hinausgehen kann. [389]

Zudem führt die Ausweitung des § 635 BGB, sieht man in der Tatbestandanalyse des § 635 BGB die entscheidende Vorfrage für das Verjährungsproblem, zumindest in Anbetracht der Schäden aus unkörperlichen Werkleistungen zu untragbaren Ergebnissen. Bedenkt man, daß Schäden aus immateriellen Werken, da sie sich meist erst mit dem Gebrauch auswirken, beinahe regelmäßig nach Ablauf der kurzen Verjährungsfrist auftreten, so ist der Schadensersatzanspruch bereits verjährt, bevor er entstanden ist. Dies ist vom Gesetzgeber nicht gewollt. Er ging davon aus, daß

---

387) vgl. Seiten 1o ff

388) Mudgan II, S. 921

389) siehe dazu Seiten 11 ff

der Mangel innerhalb der kurzen Verjährungsfrist zutage tritt. [390] Die Erfahrung hat gelehrt, daß dies bei Mangelfolgeschäden nicht der Fall ist, so daß angesichts der Verjährung die Einbeziehung der Mangelfolgeschäden in die §§ 635, 638 BGB als nicht gerechtfertigt erscheint.

Darüberhinaus stünde der Besteller oft schutzlos, falls nach Wandlung oder Minderung durch den Unternehmer ein Mangelfolgeschaden erst jetzt zutage tritt. Denn ein Ausgleich über die positive Vertragsverletzung soll nicht möglich sein, da alle Mangelfolgeschäden den § 653 BGB unterstellt sind, § 635 BGB dagegen scheitert am Alternativitätsverhältnis zur Wandlung und Minderung.

Schließlich wird die weite Auslegung des § 635 BGB mit der ratio der kurzen Verjährung unter Hinweis auf die Materialien [391] begründet. Die Beweisführung für den Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Abnahme sei mit größerem Zeitablauf immer schwieriger. Des weiteren solle der Unternehmer nach einer gewissen Frist in seinen Dispositionen frei und nicht mehr genötigt sein, etwa noch Rückstellungen für die aus früheren Werkverträgen drohende Mängelhaftung zu machen. Zwingend sind diese Überlegungen für die Mangelfolgeschäden aus unkörperlichen Werken jedoch nicht. Es ist zu beachten, daß die von der Gegenmeinung und dem Gesetzgeber geäußerten Bedenken bei Mangelfolgeschäden aus immateriellen Werken nicht auftreten. Bei allen diesen Werken ist, wie bereits mehrfach erwähnt, zumindest im Regelfall eine schriftliche Fixierung üblich bzw. notwendig, so daß auch noch nach Jahren eine Beweisführung zur Feststellung der Fehlerhaftigkeit des Werkes keinerlei Schwierigkeiten mit sich bringt. Man denke dabei nur an Gutachten, Bilanzierungen, Auskünfte, Taxierungen, Planzeichnungen, statische Berechnungen, Veranlagungen von Steuerberatern ect. Da der Gesetzgeber bei

---

390) Mugdan II, S. 271 ff

391) Mugdan II, S. 271 ff, 131 ff

der Redaktion der §§ 635, 638 BGB in erster Linie nur Sachwerke vor Augen hatte, bedürfen die §§ 635, 638 BGB einer zweck- und sachgerechten Auslegung angesichts dieser nicht berücksichtigten"geistigen" Werkleistungen. Bei der dann im Rahmen der Gesetzesauslegung gebotenen Güter- und Interessenabwägung sind die Belange des Werkunternehmers nicht schutzwürdiger zu bewerten als die des Bestellers. Dies vor allem deswegen, weil der Hersteller der unkörperlichen Werke damit rechnen kann und muß, daß sein Werk auch erst nach längerer Zeit benötigt, bzw. gebraucht werden kann, und damit die aus seiner mangelhaften Werkleistung resultierenden Mangelfolgeschäden zwangsläufig bedeutend später auftreten als die kurze Verjährungsfrist des Gesetzes es vermuten lassen. Der Werkunternehmer wird sich demzufolge in seinen Vermögensdispositionen darauf einstellen. Zudem verbleibt dem Unternehmer die Möglichkeit, eine zeitliche Beschränkung einer Haftung im Wege entsprechender vertraglicher Vereinbarungen zu erreichen.

Demnach erweist sich die Einbeziehung der Mangelfolgeschäden in den Bereich der §§ 635, 638 BGB als nicht zwingend notwendig. Der historische Gesetzgeber wollte wohl selbst diejenigen Mängel, die nicht regelmäßig innerhalb der kurzen Verjährungsfrist zutage treten, einer längeren Verjährungsfrist unterwerfen. Offenbar glaubten die Gesetzesredaktoren, diesem Bedürfnis mit der 5-jährigen Frist für die Arbeiten an Bauwerken und den 1-jährigen Fristen für Arbeiten an Grundstücken Genüge geleistet zu haben. Die Erfahrung hat anderes gelehrt, so daß die Verjährungsregelung zumindest für alle die Werkleistungen, bei denen der Unternehmer noch davon ausgehen kann, daß sich die Fehler seiner Leistung wenigstens regelmäßig kurzfristig zeigen werden, nicht paßt und einer Korrektur bedarf. Der bislang von der herrschenden Meinung für Mangelfolgeschäden vorgeschlagene Weg, nämlich die Nichtanwendung der Regelverjährung des § 638 BGB, führt allerdings, stützt man sich auf die 3o-jährige Frist des

§ 195 BGB, zumindest bei Mangelfolgeschäden aus körperlichen Werkleistungen zu Ergebnissen, die mit der ratio legis des § 638 BGB nicht mehr vereinbar sind. Diese unverhältnismäßig lange, unternehmerfeindliche Frist wird man auf ein adäquates Maß reduzieren müssen. [392]

E. Eigener Standpunkt

I. 1. Die Untersuchung der Abgrenzungskriterien hat gezeigt, daß die bisherigen, vielfältigen Lösungsvorschläge, insbesondere im Hinblick auf die praktische Bedeutung der Trennung der beiden Schadensarten, weitgehendst nicht befriedigen können. Wichtige Erkenntnisse und neue Wege zur Scheidung von Mangel- und Mangelfolgeschaden haben Larenz [393] und Grimm [394] aufgezeigt. Selbst der BGH [395] greift in dem einen oder anderen Fall [396] auf diese von Grimm und Larenz entwickelten Kriterien zurück.

Im folgenden wird in Anlehnung an Larenz und Grimm ein Merkmal zur Scheidung der beiden Schadensarten gefunden werden

---

392) siehe Seiten 171 ff

393) Larenz, aaO § 53 II b

394) Grimm, aaO S. 14 ff

395) trotz heftiger Kritik der von ihm entwickelten Abgrenzungskriterien, die sich häufig als wenig praktikabel erwiesen haben, sieht der BGH "keinerlei Veranlassung von der ständigen Rechtsprechung des RG und der eigenen Judikatur abzuweichen" BGH NJW 65, S. 1o6; BGHZ 58, S. 91

396) BGHZ 58, S. 9o; BGHZ 58, S. 3o5; RG JW 1938, S. 1646, Nr. 7

müssen, das verglichen mit den sonst üblichen Kriterien, schärfere Konturen aufweist, praktikabler ist und somit auch für den Rechtsuchenden voraussehbare Ereignisse liefert. Allerdings darf sich die Lösungsfindung nicht nur in theoretischen Erwägungen erschöpfen, sondern muß, da die praktische Bedeutung ausschlaggebend für zweckmäßige Abgrenzungsmaßstäbe sein sollte, auch auf die praktischen Folgen der so getroffenen Unterscheidung ausgerichtet sein.

2. Ausgangspunkt der Erörterung muß zunächst die Klärung der methodischen Ansatzpunkte sein.

Dabei bieten sich zwei Möglichkeiten an: entweder man löst die Abgrenzungsproblematik im Anspruchsbereich des § 635 BGB, um dann den Umfang der kurzen Verjährung unter Beiziehung dieser Ergebnisse, wenngleich teilweise nach eigenständigen Kriterien, zu bestimmen oder man analysiert den Begriff "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" im Bedeutungszusammenhang des Gesetzes unter Zugrundelegung der verschiedenen in Betracht kommenden Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 28o, 293, 286 Abs. 2, 325, 326, 463, 48o Abs. 2, 538 und 635 BGB) und versucht, durch Erörterung im Zusammenhang und durch Herausarbeiten der bestehenden Unterschiede und Gemeinsamkeiten zu einer besseren Einsicht des rechtlichen Wesens dieser Ansprüche zu gelangen, um dann am Ende feststellen zu können, ob der Schadensersatz wegen Nichterfüllung allgemein oder speziell eine abschließende Regelung für Mangelfolgeschäden enthält. [397] Von dieser Prämisse ausgehend sind dann eventuell notwendige Abgrenzungskriterien zu entwickeln, die dem so erarbeiteten Verständnis dieses Ersatzanspruches entsprechen.

---

397) so W.V. Blume für die Begrenzung des § 463 BGB, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung, in Jherings Jahrbücher 19o9 Bd. 55, S. 2o9 (223)

Ich halte ersteren Lösungsweg für effizienter, da wegen der Alternativität des Ersatzanspruches aus § 635 BGB gerade die Frage, ob § 635 BGB Mangelfolgeschaden mit regelt und wie diese eventuell von den Mangelschäden abzugrenzen sind, für den Besteller von eminenter Bedeutung ist. Darüber hinaus wird die Verjährungsfrage von der Abgrenzung des Anspruchs aus § 635 BGB gegenüber der positiven Vertragsverletzung beeinflußt, wenn auch bei der Lösungsfindung die Auslegung des § 638 BGB in den Vordergrund rückt.

Der Nachteil der aufgrund einer vergleichenden dogmatischen Gegenüberstellung der Ersatzansprüche wegen Nichterfüllung gefundener Ergebnisse liegt einmal in der fehlenden Praxisbezogenheit, zum anderen in der nur bedingten Vergleichbarkeit der Tatbestände, [398] so daß eine Translation auf das Werkvertragsrecht zu kaum befriedigenden Ergebnissen führen kann.

3. Bevor man sich jedoch der Trennung und Definition der beiden Schadensarten zuwendet, bleibt zu klären, ob § 635 BGB einen Ersatzanspruch für alle infolge eines mangelhaften Werkes adäquat verursachten Nachteile anbietet.

Der Begriff "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" gibt noch keinen Aufschluß über die auszugleichenden Schadensarten, er entbehrt, wie es bei feststehenden Begriffen häufig der Fall ist, klarer und eindeutiger Umrisse. Auch die Vorschrift des § 635 BGB präzisiert weder Inhalt noch Umfang des Schadensersatzanspruches. Ein Vergleich mit den Unmöglichkeits- und Verzugsregeln (§§ 280, 325, 286 Abs. 2 und 326 BGB) zeigt,

---

398) vgl. die Abweichung der Erfüllungspflichten im Kauf- und Werkvertragsrecht. Der Unternehmer schuldet ein mangelfreies Werk, der Verkäufer dagegen keine mangelfreie Sache. Im Gegensatz zum Unternehmer ist er nicht zur Mangelbeseitigung verpflichtet (Larenz § 41 II e). Überdies weisen die Grundbestände des allgem. Schuldrechts mannigfaltige z.T. tiefgreifende Unterschiede zu den Ersatzansprüchen des Werkvertragsrechts auf; vgl. Hensche, aaO S. 1

daß grundsätzlich das volle Erfüllungsinteresse (sog. "positives Interesse") zu ersetzen ist, [399] d.h. der Gläubiger ist so zu stellen wie er stehen würde, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte. Der Haftungsrahmen wird hier durch die §§ 249 ff. BGB abgesteckt. [400] Ziel dieses Schadensausgleiches ist es also, alle die durch das schädigende Ereignis verursachten Nachteile zu ersetzen. Dieser Grundsatz der Totalrestitution kann im Rahmen des § 635 BGB, wenn überhaupt, nur bedingt Geltung beanspruchen. Zum einen findet § 249 BGB nur in ganz bestimmten Ausnahmefällen Anwendung. [401] Zum anderen kann Art und Umfang der von § 635 BGB geregelten Schäden nicht aus den vergleichbaren Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Schuldrechts abgeleitet werden, sondern bedarf, da der Wortsinn der Norm keine klare Aussage trifft, einer eigenständigen Auslegung. Dabei können der Normzweck, der Sachzusammenhang der Sonderordnung, in dem die Norm steht, als Indikatoren zum Verständnis der Vorschrift einen wichtigen Aufschluß geben.

---

399) Palandt, Vorbem. § 249 BGB Anm. 2 g

400) der Berechnungsmodus dieser Ersatzansprüche, wie etwa die Differenzmethode bei den §§ 325, 326 BGB, wird hier nicht erörtert . So soll für § 635 BGB der Hinweis genügen, daß es dem Besteller überlassen bleibt, das mangelhafte Werk zu behalten und nur Ersatz des aus dem mangelhaften Werk resultierenden Schadens geltend machen, (z.B. den Minderwert). Dies entspricht der Austauschtheorie (Pieper aaO Jus 1962, S. 460). Der Besteller kann aber auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages unter Zurückweisung des mangelhaften Werkes verlangen (dann Differenztheorie, vgl. Larenz, § 53 II a und BGHZ 27, S. 215)

401) Pieper, aaO S. 411, BGH NJW 1962, S. 390

Maßgebend ist zunächst, daß der Besteller nur "statt der Wandlung oder Minderung" Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Das Gesetz knüpft folglich bei den Voraussetzungen von Wandlung und Minderung an. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne des § 635 BGB ist damit abhängig von einem vergeblichen Versuch der Mängelbeseitigung bzw. Fristsetzung zur Mängelbeseitigung (§ 634 Abs. 1), d.h. erst wenn dem Unternehmer die Mängelbeseitigung unmöglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar ist, er sich mit der Nachbesserung in Verzug befindet oder sich sogar weigert, die Fehler zu beseitigen, stehen dem Besteller die Rechtsbehelfe der §§ 634, 635 BGB zur Verfügung. Wandlung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung sind somit Subsidiärrechte, der Anspruch auf Mängelbeseitigung (§ 633 Abs. 2 BGB) Primärrecht. [4o2] Dies ergibt sich für den § 635 BGB sowohl aus dem Gesetzeswortlaut als auch aus dem "engen und unmittelbaren Zusammenhang zu § 634 BGB". [4o3] Das bedeutet mithin, daß der Regelungszusammenhang, die Rechtsnatur des § 635 BGB als Gewährleistungsanspruch, den Geltungsbereich des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung auf den Bereich des durch den Fristablauf erloschenen modifizierten [4o4] Erfüllunganspruchs des § 633 Abs. 2 BGB begrenzt. [4o5] Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung

---

4o2) Pieper, aaO S. 46o; Grimm, aa S. 16 bezeichnet den Anspruch des § 633 Abs. 2 BGB als "Mutterrecht".

4o3) RGZ 56, S. 81 ff (82)

4o4) Larenz, § 53 II a

4o5) Korintenberg Werner, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, 1935, S. 167; derselbe, Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag, Dissertation Köln 1927, S. 4o; Grimm, aaO S. 16; Larenz, § 53 II a; auch Medicus, aaO S. 322 ist der Ansicht, daß sich diese Argumentation hören läßt und nicht in Widerspruch zu den Materialien steht. Er verweist auf Motive II, S. 478 ff "die Regelung, folge keinem systematischen Konzept, sondern beruhe auf Zweckmäßigkeitsgründen".

ist daher gleichsam das Surrogat des Mängelbeseitigungsanspruches, in dem er nur mit anderen Mitteln (Geldausgleich) dasselbe Ziel wie dieser verfolgt. Da sich die Nachbesserung auf den geschuldeten Gegenstand selbst bezieht, verbleiben für den Ausgleichsanspruch des § 635 BGB nur diejenigen Schäden, die am Werk selbst auftreten und ihm gleichsam immanent sind, also dessen Wert und Nutzen beeinträchtigen, die andere Objekte betreffenden Schäden hingegen liegen als Folgeschäden außerhalb des Anspruchsbereiches des § 635 BGB. Diese reduzierende Interpretation des § 635 BGB führt letztlich dazu, daß sich der Ausgleich nach § 635 BGB auf den Ersatz des mangelbedingten Wertverlustes, die mit dem Minderwert gleichzusetzenden Mängelbeseitigungskosten und den entgangenen Gewinn beschränkt. [406] Die darüberhinausgehenden sog. Mangelfolgeschäden unterfallen damit nicht dem Anspruchsbereich des § 635 BGB. [407]

II. 1. Mit der so erarbeiteten Auslegung des § 635 BGB liegt die Abgrenzung zu den weitergehenden Mangelfolgeschäden bereits auf der Hand. Entscheidender Gesichtspunkt für die Trennung von Mangel- und Mangelfolgeschäden (und folglich auch von den Ansprüchen aus § 635 BGB und dem Institut der positiven Vertragsverletzung) ist demnach, an welchem O b j e k t [408]

---

406) dies folgt auch aus der Eigenart der Gewährleistung, die immer nur den Minderwert oder Gebrauchsverlust des Vertragsgegenstandes selbst ausgleicht.

407) für das eng verstandene Erfüllungsinteresse Korintenberg 1935, aaO S. 167; Staudinger-Riedel, § 635 II a; Grimm, aaO S. 16; Finger, aaO DB 1972, S. 1218, 1219, wenngleich mit anderer Begründung; Jürgen Prölss, Schadensersatzansprüche aus §§ 463, 480 II, 538, 635 BGB in der Haftpflichtversicherung, in VersR 1967, S. 432 ff (435); vgl. auch Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, in JZ 1967, S. 649 (655) und für § 463, S. 2 BGB; a.A. Hensche Detlef, Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Recht der Sachmängelgewährleistung, Dissertation, Bonn 1975, S. 132 ff

408) der Begriff "Objekt" (lat. von obiectum, Partizip Perfekt zu obicere=entgegenwerfen) wird verwandt, da er darauf hinweist, daß die Austrahlung, der Bezugspunkt des Schadens in den Vordergrund gerückt werden soll.

der Schaden auftritt. [409]

Das bedeutet: 1. Nur diejenigen Schäden, die am mangelhaften Vertragswerk auftreten bzw. dem mangelhaften Werk immanent sind, können als spezifische Mangelschäden im Sinne des § 635 BGB bezeichnet werden. Die Mangelschäden des Werkvertragsrechts konkretisieren infolgedessen das unmittelbare Interesse am eigentlichen Vertragsgegenstand selbst.

2. Wirkt sich der Schaden an anderen, vom eigentlichen Vertragswerk isolierten Objekten aus, handelt es sich um weitergehende Mangelfolgeschäden.

Sobald somit der durch das mangelhafte Werk adäquat verursachte Schaden am Eigentum, am Körper, an der Gesundheit des Bestellers oder eines Dritten ect. entsteht, ist die vorgeschlagene Formel leicht zu handhaben. Diffiziler gestaltet sich die Trennung der beiden Schadensarten bei der Vermögensschädigung. Denn selbst der im mangelhaften Werk liegende Minderwertschaden, der sich aus der Wertdifferenz zwischen dem "immaginär geschuldeten und dem tatsächlich gelieferten Werk" [410] errechnet, tangiert, obwohl im Werk selbst verkörpert, die Vermögenssphäre des Bestellers. [411] Dennoch wird man den Minderwertschaden wie auch den entgangenen Gewinn nicht als Mangelfolgeschaden bezeichnen können. Beiden ist eigen, daß das bereits vorhandene Vermögen nicht durch zusätzliche Entnahmen geschmälert wird, wohingegen die typischen Mangelfolgeschäden, wie etwa nutzlose Aufwendungen, die Kosten für eine Ersatzwohnung oder die Abstützungskosten

---

409) ähnl. Grimm, aaO S. 14 ff; Larenz, § 53 II b

410) Grimm, aaO S. 17

411) mit dieser Differenzierung haben sich Grimm und Larenz nicht auseinandergesetzt.

des einsturzgefährdeten Gebäudes das Vermögen durch Entnahme reduzieren. Einzige Ausnahme bilden die Mängelbeseitigungskosten. Dennoch wird man auch sie als Mangelschäden bewerten müssen. Außer der bereits erörterten [412] regelmäßigen Identität der Mängelbeseitigungskosten mit dem Minderwert ersetzen die spezifischen Mangelschäden, gleicht man sie aus, quasi die mangelfreie Erfüllung, so daß dem Erfüllungsinteresse Genüge geleistet wird. Die Liquidation der Mangelfolgeschäden kann indessen keine Quasi-Erfüllung auslösen. Der Ausgleich der Kosten für die Abstützung eines einbruchsgefährdeten Gebäudes wie auch der Kosten für eine Ersatzwohnung mögen dies verdeutlichen :

Werden die Kosten für die Ersatzwohnung beglichen, so wird nicht das Erfüllungsinteresse surrogiert, sondern ein außerhalb der eigentlichen Werkleistung liegendes, anderweitiges Vermögensinteresse befriedigt. In der gleichen Weise ist die Schadensregulierung für die Abstützungskosten zu beurteilen. Ziel der Abstützung ist in erster Linie die Beseitigung einer konrekten Gefahr und nicht die Mängelbeseitigung (als modifizierter Erfüllungsanspruch), so daß der Ersatz dieser Kosten nicht eine an die Stelle der Erfüllungsleistung tretende Surrogatsleistung ist.

2. Einen Sonderstatus in der Abgrenzungsproblematik im Bereich des § 635 BGB nehmen die aus mangelhaften, unkörperlichen (immateriellen) Werkleistungen resultierenden Schäden insoweit ein, als diese aufgrund fehlerhafter Gutachten, Taxierungen, Kreditauskünfte, Bilanzen, Pläne von Architekten, Berechnungen von Statikern, Rechtsauskünften ect. veranlaßten verlustreichen Vermögensdispositionen sich vornehmlich am sonstigen Vermögen des Bestellers auswirken und demzufolge in aller Regel als Mangelfolgeschäden zu qualifizieren sind. Andere Schäden aus solchen "geistigen Werken" sind nur äußerst selten denkbar.

---

412) vgl. Seite 1o7

Der Schaden zeigt sich für den Besteller regelmäßig und überhaupt erst in solchen Schadensfolgen. Der BGH und das RG haben in ständiger Rechtsprechung die Schäden aus mangelhaften Taxierungen, [413] Kreditauskünften, [414] Bilanzen [415] und Rechtsauskünften [416] als Mangelfolgeschäden gewertet. Der Grund dafür, daß die Rechtsprechung diese Typisierung, die der BGH in BGHZ 58, S. 92 noch für einen gangbaren Lösungsweg hielt, nicht auf alle immateriellen Werke ausdehnt, ist wohl in der verfehlten Wertung der Schäden aus mangelhaften Architektenplänen und Statikerberechnungen zu sehen. Aber gerade diese Fallkonstellationen zeichnen sich dadurch aus, daß "sich die Fehler des ersten Werkes zwangsläufig auf das zweite übertragen müssen", [417] so daß die Annahme eines Mangelfolgeschadens zumindest in Anbetracht der Scheidung nach Schadensobjekten logisches Postulat ist. Darüber hinaus sind diese Schäden nicht über § 635 BGB abzuwickeln. [418] Denn der historische Gesetzgeber hat an solche Schadensfolgen nicht gedacht und immaterielle Werke nur insoweit bei der Redaktion des Werkvertragsrechts in seine Überlegungen mit einbezogen, als es sich um Transportleistungen handelte. [419]

---

413) RGZ 64, S. 41 (43), BGH NJW 1976, S. 1502

414) RGZ 115, S. 122

415) OLG Celle BB 1958, S. 1221

416) BGH NJW 1965, S. 106 ff = VersR 1965, S. 41

417) so der BGH selbst in BGHZ 58, S. 89

418) so für Transportleistungen, Schätzungen, Gutachten, Auskünfte der BGH in BGHZ 58, S. 91

419) Motive II, S. 486 ff; Mugdan II, S. 1257

III. Die Scheidung der beiden Schadensarten nach Schadensobjekten kann nicht nur eine klare und einfach zu handhabende Formel anbieten, sondern erweist sich insbesondere angesichts der praktischen Auswirkungen als befriedigende Lösung.

1. Die Begrenzung des Anspruchsbereichs von § 635 BGB auf diejenigen Schäden, die am mangelhaften Werk selbst auftreten, führt bereits mit Rücksicht auf die strengen Anspruchsvoraussetzungen des § 635 BGB zu interessengerechten Ergebnissen, wie folgendes Beispiel zeigt:
Der Besteller eines Einfamilienhauses stellt nach Abnahme zum Einzugstermin fest, daß die Dachkonstruktion mangelhaft gefertigt wurde und nunmehr infolge des starken Regens Wasser in die Wohnräume eindringt. Da dem Besteller seine frühere Mietwohnung nicht mehr zur Verfügung steht, muß er in ein Hotelzimmer ausweichen.

Schließt man sich nun der Meinung des BGH an, die Kosten für eine Ersatzwohnung seien Mangelschäden im Sinne des § 635 BGB, [42o] so hätte dies zur Folge, daß der Besteller neben der Mängelanzeige eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel setzen müßte, wollte er Schadensersatz wegen der Hotelkosten geltend machen. Der bis zum Fristablauf schon entstandenen Kosten ginge er verlustig, da die Anspruchsvoraussetzungen des § 634 Abs. 1 Satz 2 BGB (Fristablauf) zur Durchsetzung des Anspruchs gemäß § 635 BGB zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gegeben waren. Selbst wenn man eine Fristsetzung wegen des besonderen Interesses des

---

42o) BGHZ 46, S. 238

Bestellers für nicht notwendig erachtet, [421] kann er zwar den Schadensersatzanspruch sofort durchsetzen, verliert aber die Möglichkeit, auf andere Gewährleistungsansprüche, wie Wandlung oder Minderung, zurückgreifen [422] oder Nachbesserung zu verlangen. [423] Der Besteller ist also gezwungen, will er seine Hotelkosten ersetzt erhalten, den Weg des § 635 BGB zu wählen, selbst wenn ihm genehmer wäre, auf Vertragserfüllung oder Mängelbeseitigung durch den Unternehmer zu bestehen.

Darüber hinaus müßte der Unternehmer die Kosten nicht ersetzen, wenn er die Mängel alsbald beseitigen kann, denn dann greift § 635 BGB nicht ein. [424]

---

421) m. E. kann der Besteller sich nicht auf das besondere Interesse an der sofortigen Geltendmachung berufen. Denn der Besteller ist gehalten, bevor er auf die subsidiären Gewährleistungsrechte zurückgreift, den Nachbesserungsanspruch des § 633 Abs. 2 BGB durchzusetzen. Dabei bleibt es ihm unbenommen, gleichzeitig eine angemessene Frist gemäß § 634 Abs. 1 BGB zu setzen. Erst im Verhinderungsfalle (§§ 633 Abs. 2, Satz 2; 634 Abs. 2 BGB) kann er die Gewährleistungsrechte geltend machen. Eine andere Auslegung würde bedeuten, daß der Besteller, ohne sich um Nachbesserung zu bemühen, sofort die Gewährleistungsrechte in Anspruch nehmen könnte. Dies widerspricht der ratio des Gewährleistungsrechts.
§ 634 Abs. 2 BGB geht insbesondere davon aus, daß z.B. das Vertrauen des Bestellers auf eine ordnungsgemäße Nachbesserung, weil bereits mehrmals erfolglos, erschüttert ist, daß die Beseitigung des Mangels Betriebsstörungen hervorrufen würde oder dem Besteller die Nachprüfung unmöglich ist, ob der Mangel innerhalb der gesetzten Frist beseitigt wird (vgl. Erman Seiler, § 634 Rdz. 7 ff; Einzelfälle bei Soergel-Ballerstedt, § 634 Rdz. 9)

422) Alternativitätsgrundsatz

423) nach Fristablauf bzw. sofortiger Geltendmachung des Ersatzanspruches gem. § 635 BGB ist Nachbesserung nicht mehr möglich, Palandt-Thomas § 633 Anm. 3

424) Larenz, § 53 II b

Diese unbilligen Ergebnisse lassen sich aber dann vermeiden, wenn man davon ausgeht, daß die geltend gemachten Hotelkosten nicht als Mangelschäden zu qualifizieren sind, sondern sie als die Vermögenssphäre des Bestellers (Fremdobjektschäden) beeinträchtigende Mangelfolgeschäden dem Institut der positiven Vertragsverletzung unterstellt. Damit entfällt die Notwendigkeit einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB - Schadensersatz kann sofort gefordert werden. Darüber hinaus kann der Besteller Nachbesserung verlangen, nach Fristablauf wandeln oder mindern und daneben die Hotelkosten als Schadensersatz über die positive Vertragsverletzung liquidieren. Der Alternativitätsgrundsatz der Gewährleistungsansprüche kommt hier nicht zum Tragen, die Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung können nach ganz h. M. neben den Gewährleistungsansprüchen oder Nachbesserungsansprüchen durchgesetzt werden. [425]

2. Die Abgrenzung der beiden Schadensarten nach Schadensobjekten erweist sich auch im Hinblick auf die strenge Alternativität von Wandlung und Minderung (§634 BGB) einerseits und dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 635 BGB) andererseits als zweckmäßig. Man denke nur an die nicht seltene Fallkonstellation, daß sich nach vollzogener Wandlung oder Minderung ein weiterer vorher noch nicht erkennbarer bzw. noch nicht aufgetretener Schaden zeigt. Tritt z.B. in einem Privatschwimmbad infolge einer sowohl mangelhaft gefertigten als auch fehlerhaft installierten Wasserumwälzanlage nach einer gewissen Zeit der Benutzung eine leichte Trübung ein und lassen sich die Mängel nicht beseitigen, kann der Besteller Wandlung oder Minderung (§ 634 BGB) erklären (natürlich innerhalb der Frist des § 638 BGB). Entschließt er sich für Minderung, da er die nur manchmal auftretende

---

425) für viele Palandt-Thomas, Vorbem. v. § 633 Anm. 4 e

leichte Wassertrübung für nicht so gravierend hält, und stellt er nach längerer Zeit fest, daß das Wasser infolge der fehlerhaften Umwälzanlage fault, was nach den damaligen Umständen nicht voraussehbar war, kann er den Schaden, der durch das notwendige häufige Auswechseln des gesamten Wassers entsteht, dann nicht mehr geltend machen, wenn man mit dem BGH und einem Teil des Schrifttums bei der Scheidung der beiden Schadensarten auf das Unmittelbarkeitskriterium abstellt. Demnach läge ein Mangelschaden im Sinne des § 635 BGB vor, denn der Schaden hängt unmittelbar mit dem mangelhaften Werk, weil unbrauchbar, wertlos oder minderwertig zusammen. Die Liquidation des Schadens über § 635 BGB scheitert somit an der Alternativität von Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der Besteller stünde schutzlos. Dieses mißliche Ergebnis ließe sich vermeiden, wenn man bei der Trennung der beiden Schadensarten von dem Schadensobjekt ausgeht. Entsprechend dieser Ansicht muß der Schaden, da er nicht am mangelhaften Werk eintritt, sondern das Eigentum des Bestellers (am Wasser) beeinträchtigt, als Mangelfolgeschaden bewertet werden. Einem Schadensausgleich wegen positiver Vertragsverletzung steht damit nichts mehr im Wege.

3. Eine besondere Bedeutung erlangt die Abgrenzung Mangel- und Mangelfolgeschaden im Haftpflichtversicherungsrecht. Es geht hier vorrangig um das Problem des Folgeschadens in der Haftpflichtversicherung. Die Klärung dieser wohl umstrittensten Frage des allgemeinen Haftpflichtrechts hängt zunächst davon ab, inwieweit die Ansprüche aus §§ 463, 480 II, 538, 635 BGB, sofern sie als solche "aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen" qualifiziert werden können (§ 1 Abs. 1 AHB), Erfüllungssurrogate im Sinne des § 4 Ziff. I

Abs. 3 AHB [426] [427] sind und wie man diese gegebenenfalls von den darüber hinausgehenden Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung abgrenzt. Einig ist man sich heute darüber, daß § 635 BGB eine "gesetzliche Bestimmung" im Sinne des § 1 Abs. 1 AHB darstellt [428] und als eine an die Stelle der Erfüllungsleistung tretende Ersatzpflicht von der Haftpflichtdeckung ausgeschlossen ist. [429] Ergibt sich daraus bereits, daß die spezifischen Mangelschäden im Sinne des § 635 BGB unter § 4 Ziff. I Abs. 3 fallen, so bleibt gleichwohl fraglich, ob sich der Versicherungsnehmer bei allen adäquat kausalen Folgeschäden auf die Eintrittspflicht des Haftpflichtversicherers berufen kann.

Aufschluß über das Schicksal der Folgeschäden im Bereich des Werkvertragsrechts kann die grundlegende Bestimmung für den Anschluß des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung, § 4 Ziff. I Abs. 3 AHB, geben. Vom Versicherungsschutz nicht gedeckt sind demnach die Erfüllungssurrogate. Beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne des § 635 BGB handelt es sich rechtsdogmatisch um ein Erfüllungssurrogat. Die Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung hingegen verkörpern von der Vertragsleistung un-

---

426) die Bestimmung über die Vertragserfüllung steht als Abs. 3 selbständig neben Abs. 1 und Abs. 2. Die Einfügung der Ziff. 7 nach Abs. 3 beruht auf einem redaktionellen Versehen; vgl. Wilcke, Folgeschaden und Unternehmerrisiko in der Haftpflichtversicherung, in VersR 1964, S. 1o7, Fußn. 3

427) für Architekten u. Bauingenieure haben diese Regelungen wegen der sie ausschließenden "Besonderen Bedingungen" inzwischen keine Bedeutung mehr.

428) Prölss, aaO S. 434

429) Prölss, aaO S. 435; Ganten, aaO VersR 1972, S. 541 mit weiteren zahlreichen Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung. Begründet wird dies damit, daß § 635 BGB ohnedies nur den Ersatz des Erfüllungsinteresses gewährt und sich nicht auf Mangelfolgeschäden, wie z.B. § 538 BGB Abs. 1, 1.Alt., erstreckt.
a.A. Schlegelmilch, Haftpflichtversicherung und Unternehmerrisiko, Dissertation, München 1964 S. 48

abhängige [43o] Schadensersatzansprüche und fallen deshalb auch nicht als Erfüllungssurrogate unter die Ausschlußvorschrift des § 4 Ziff. I Abs. 3 AHB. Aber damit ist noch nichts über die entscheidende Frage ausgesagt, wie die von § 635 BGB umfaßten und folglich von der Haftpflicht ausgeschlossenen Schäden von den über die positive Vertragsverletzung auszugleichenden Mangelfolgeschäden abzugrenzen sind. Aus dem "engen - inneren Zusammenhang" [431] des § 4 Ziff. II 5 AHB mit § 4 Ziff.I Abs. 3 AHB und durch Auslegung des Wortlauts von § 4 Ziff. II 5 AHB kann gefolgert werden, daß der Ausschluß des § 4 Ziff. I Abs. 3 AHB nur für diejenigen Schäden eingreift, die das Interesse am Leistungsgegenstand selbst betreffen. [432] Jeder weiterreichende Schaden, also der Schaden an anderen vertragsfremden Objekten, stellt damit kein Erfüllungssurrogat dar [433] und unterfällt nicht dem Ausschlußtatbestand des § 4 Ziff. I Abs. 3 AHB.

Die vorgeschlagene Distinktion nach Schadensobjekten erweist sich demnach auch im Hinblick auf die Problematik des Folge-

---

43o) Haidinger, Grundfragen des Versicherungsrechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in Festgabe für Erich Prölss, Karlsruhe 1957, S. 12o ff (135) "unabhängig" ist so zu verstehen, daß es nicht darauf ankommt, ob die Leistung mangelhaft oder nicht erbracht wird. Denn eine Sorgfaltspflichtverletzung kann auch bei fehlerfreier Werkleistung einen Schaden auslösen, während die Mangelfolgeschäden aus dem mangelhaften Werk resultieren.

431) BGH VersR 1961, S. 265 (266)

432) so BGH VersR 1961, S. 266 unter Berufung auf BGHZ 23, S. 349 und Haidinger, aaO S. 134

433) so Prölss, aaO VersR 1967, S. 435; statt "Objekt" gebraucht er "an anderen Rechtsgütern"

schadens im Haftpflichtversicherungsrecht als brauchbar und interessengerecht. So kann der allgemein gültige [434] versicherungstechnische Grundsatz der nichtversicherbaren "Pfuscharbeit" (im Bereich des § 4 Ziff. I Abs. 3 AHB) nur dahingehend verstanden werden, daß der Unternehmer für die Fertigung einer fehlerhaften Sache (Pfuscharbeit) und deren Auswirkungen am Werk selbst das Risiko der Unternehmerleistung zu tragen hat. Es hieße aber, das Unternehmerrisiko zu überspannen und dem Versicherer ungerechtfertigte Vorteile zu verschaffen, wollte man für nicht vorhersehbare weitere Schäden an anderen vertragsfremden Objekten den Versicherungsschutz entziehen.

IV. 1. Die bisherigen Darlegungen haben gezeigt, daß das Abgrenzungsproblem des § 635 BGB nicht allein durch begriffliche Deduktion und Argumentation bewältigt werden kann, sondern daß vielmehr Normzweck im Sinne einer teleologischen Auslegung und praktisches Bedürfnis Eingang in die Erörterung finden müssen.

Dies gilt umso mehr, wenn man sich der Verjährung der beiden Schadensarten zuwendet.

Der Ansatzpunkt zur Diskussion liegt in der scheinbar unproblematischen These, daß die den § 635 BGB unterfallenden Mangelschäden in der kurzen Frist des § 638 BGB verjähren, während den Mangelfolgeschäden die 30-jährige Verjährungsfrist der positiven Vertragsverletzung (§ 195 BGB) zugute kommt. Gerade diese Diskrepanz in der Verjährungsfrage führt jedoch - darüber ist man sich heute einig - zu nicht mehr norm- und sachgerechten Ergebnissen. So wird die Frist des § 195 BGB hauptsächlich wegen der Beweisschwierigkeiten hinsichtlich

---

434) Wilcke, aaO S. 112

des Vorliegens und der Ursächlichkeit von Mängeln, der möglichen Beeinträchtigung und des flüssigen Geschäftsverkehrs und der Nichtberücksichtigung der Interessen des Unternehmers im Hinblick auf die betriebliche Rückstellung allgemein als zu lang empfunden. [435]

2. Die im Schrifttum bislang vorgeschlagenen Lösungswege können nicht überzeugen.

a) Nach Ganten [436] soll nicht einzusehen sein, warum die parallele Verjährungsregelung im Kaufrecht (§ 477 BGB) einer extensiven Auslegung zugänglich sei, im Werkvertragsrecht dagegen nicht. Zwar differenziert die herrschende Meinung [437] auch im Kaufrecht zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden, wenngleich mit etwas anderen Kriterien als im Werkvertragsrecht. Auch lehnt sie eine Haftung des Verkäufers für Mangelfolgeschäden aus § 463 BGB ab und verweist den Käufer auf das Institut der positiven Vertragsverletzung. Der Verkäufer genießt aber - im Gegensatz zur h.M. im Werkvertragsrecht - auch für Mangelfolgeschäden den Schutz der kurzen Verjährung des § 477 BGB. [438]

Diese unterschiedliche Behandlung der Mangelfolgeschäden ist m.E. gerechtfertigt, [439] denn der Scheidung der beiden

---

435) Larenz, aaO § 53 II b; Medicus, aaO S. 327; Ganten, aaO VersR 1970 S. 1082; Ballerstedt, aaO S. 733

436) Ganten, aaO VersR 1970, S. 1084

437) für viele Erman-Weitnauer, Vor. § 459 Rdz. 22 ff; BGHZ 50, 200

438) h.M. Palandt-Putzo, § 477 BGB Anm. 1 d, dd; BGH NJW 1973, S. 276; Schmitz, aaO NJW 1973, S. 2081, m. weiteren Nachweisen

439) so auch Soergel-Ballerstedt, § 635 Rdz. 9; Erman-Weitnauer, Vorbem. § 459 Rdz. 23 ff; Ulrich Hoche, Unstimmigkeiten im Verjährungsrecht, in Festschrift f. Lange, 1970, S. 245, 246, will diese Unstimmigkeiten dadurch beseitigen, daß er die Schäden an einem anderen Rechtsgut nicht der Analogie des § 477 BGB unterwirft.

Schadensarten kommt im Kaufrecht eine wesentlich andere Bedeutung zu als im Werkvertragsrecht. [44o] Verschweigt der Verkäufer arglistig einen Mangel der Kaufsache oder sichert er Eigenschaften zu, die nicht vorhanden sind, haftet er gemäß §§ 463, 48o Abs. 2 BGB für den eigentlichen Nichterfüllungsschaden, aber nicht zwangsläufig für etwa weitergehende Schäden des Käufers. Die Beschränkung des § 463 BGB auf Mangelschäden wirkt also zugunsten des Verkäufers, [441] wohingegen bei § 635 BGB eine schuldhafte Schlechtherstellung des Werkes in aller Regel für Mangelfolgeschäden eine Haftung aus positiver Vertragsverletzung auslöst. Zudem sind die Ausgangspositionen der nach dem Gesetz der kurzen Verjährung unterstellten Schadensersatzansprüche trotz ihrer Funktionsgleichheit verschieden. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des § 635 BGB besteht - im Gegensatz zum Kaufrecht - nur, wenn der Mangel auf einem vom Werkunternehmer zu vertretenden Umstand beruht, andererseits bei allen Mängeln, nicht nur beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften. [442] Ein weiterer bedeutender Unterschied liegt in den Erfüllungsverpflichtungen des Schuldners. Im Gegensatz zum Unternehmer verspricht der Verkäufer nicht die Mangelfreiheit der verkauften Sache. [443]

44o) Weitnauer, Vertragsaufhebung und Schadensersatz nach dem Einheitlichen Kaufgesetz und nach dem geltenden Deutschen Recht, in Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift zum 5o-jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, 1967, S. 71 ff (86 ff)

441) Soergel-Ballerstedt, § 635 BGB Randz. 9

442) Daneben kann der Unternehmer die Haftung für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften im Wege der Garantie übernehmen.

443) strittig, so Medicus, aaO S. 316; Larenz, § 41 II e, Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 319 ff

Weder ordnet das Gesetz an, daß der Verkäufer die Sache mangelfrei zu übergeben hat (§ 459 BGB) noch verpflichtet es den Verkäufer - anders als den Unternehmer (§ 638 BGB) - einen etwa behebbaren Mangel zu beseitigen. Schon diese den Ausgangspunkt der Verjährungsfrage betreffenden Divergenzen der der kurzen Verjährung unterliegenden Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung verdeutlichen die fehlende Parallelität und Vergleichbarkeit der werkvertraglichen und kaufrechtlichen Abgrenzungsproblematik.

Darüber hinaus stellt sich das verjährungsrechtliche Problem der Mangelfolgeschäden aus immateriellen Werkleistungen im Kaufrecht nicht, da unkörperliche Sachen [444] grundsätzlich nicht in den Bereich der Sonderordnung für Sachmängel fallen. Dieser Gesichtspunkt kann dafür sprechen, alle Mangelfolgeschäden des Kaufrechts der kurzen Verjährung des § 477 BGB zu unterwerfen. Im Werkvertragsrecht mögen allenfalls Mangelfolgeschäden aus körperlichen Werken, nicht jedoch aus immateriellen Werken in der kurzen Frist des § 638 BGB verjähren, da der Gesetzgeber in erster Linie Sachwerke vor Augen hatte [445] und demnach nicht an die Schäden aus geistigen Werken gedacht hat, die regelmäßig erst nach der kurzen Frist des § 638 Abs. 1 BGB zu entstehen pflegen. [446]

b) Wollte man dennoch dem kaufrechtlichen Beispiel folgen und alle Mangelfolgeschäden in der kurzen Frist des § 638 BGB verjähren lassen, so verbliebe dem Besteller in den Fällen, in denen der Schaden erst nach Ablauf der kurzen Verjährung eintritt, wie z.B. Kurzschluß und Brand infolge mangelhafter Isolierung der gelegten Stromleitung, nur noch die Möglichkeit, auf den de-

---

444) § 9o BGB "Sachen i.S.d.Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände",wobei der Aggregatszustand nicht entscheidend ist. Auch Wasser, Strom, Gas sind körperliche Sachen i.S.d.Gesetzes

445) Grimm, aaO S. 17, Fußn. 19; Jakobs, JuS 1975, S. 79, Schlechtriem, VersR 1973, S. 591; vgl. Motive II, § 567, S. 47o ff

446) BGH NJW 1976, S. 15o3

liktischen Schadensersatzanspruch wegen fahrlässiger Beschädigung seines Eigentums (§ 823 Abs. 1 BGB) zurückzugreifen. Der BGH [447] vertritt die Auffassung, daß es sich beim Zusammentreffen von Schadensersatzansprüchen aus Vertragsverletzungen und aus unerlaubter Handlung um eine echte Anspruchskonkurrenz handle, dem Besteller es damit nicht verwehrt sei, seine Ansprüche auch auf die § 823 ff BGB zu stützen. Dennoch hat es den Eindruck, als fühlte sich der BGH nicht wohl bei dem Gedanken, daß er damit der Regelung des § 638 BGB wegen der konkurrierenden Deliktsansprüche praktisch die Bedeutung nahm. So versuchte er die Durchbrechung der Sonderordnung u.a. dadurch zu umgehen, indem er mit zweifelhaften sachrechtlichen Argumenten § 823 BGB kurzerhand für nicht anwendbar erklärte. [448]

Schließlich grenzte er die Anspruchskonkurrenz insoweit ein, als sie "den Zweck der besonders kurz bemessenen vertraglichen Verjährungsfristen vereiteln und die gesetzliche Regelung aushöhlen würde". [449] Dieses Zugeständnis an die kurze Verjährung des § 638 BGB fällt dem BGH insoweit nicht schwer, als diese Fallkonstellationen nach Meinung des BGH ohnehin äußerst selten sind. Weitaus häufiger treten die typischen werkvertraglichen Schadensfälle auf, die von vorneherein vom Deliktsrecht nicht erfaßt werden, so daß der Verkehrsschutz des § 638 BGB nicht durch § 852 BGB gefährdet

---

447) BGHZ 55, S. 392=NJW 1971, S. 1331 mit weiteren Nachweisen; BGHZ 61, S. 2o3=NJW 1973, S. 1752; BGH NJW 1976, S. 15o6

448) BGH VersR 63, S. 933, Die Risse in den Decken eines neuerrichteten Hauses seien keine Eigentumsverletzung, da das Haus niemals im mangelfreien Zustand im Eigentum des Bauherrn stand. Dem ist nicht zuzustimmen, denn bereits das Verwenden eines falschen Betons löste eine Eigentumsverletzung an den dem Bauherrn gehörenden Materialien zur Dekkenherstellung aus. Die später auftretenden Risse machen den bisher verborgen gebliebenen Sachschaden nur noch deutlich, die Schadensanlage wird aktualisiert; mit ähnlicher Begründung wie der BGH OLG Karlsruhe NJW 1956, S. 913

449) BGH NJW 1976, S. 15o6

ist. [450] Dies mag zutreffen. Diejenigen Schäden jedoch, die gleichzeitig unter die Tatbestände der § 823 ff BGB subsumiert werden können, also vornehmlich Mangelfolgeschäden, da sie meist auf Eigentumsverletzung beruhen, verdrängen die Deliktsverjährung. [451] Denn die Befugnis des Bestellers, auch noch nach Ablauf der Frist des § 638 BGB auf einen deliktischen Anspruch aus Eigentumsverletzung zurückzugreifen, würde dem durch § 638 BGB verfolgten Zweck einer schnellen und raschen Erledigung der Werkmängelansprüche, besonders um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden und den Unternehmer vor langer betrieblicher Rückstellung zu bewahren, zuwiderlaufen und § 638 BGB zur Bedeutungslosigkeit verurteilen. Der Besteller kann daher, unterfielen alle Mangelfolgeschäden der kurzen Frist des § 638 BGB, für den Ausgleich der durch den hinausgeschobenen Eintritt sich auszeichnenden Mangelfolgeschäden (aus immateriellen Werken) nicht auf die § 823 ff BGB ausweichen, wenn der Schaden erst nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 638 BGB eintritt. Die uneingeschränkte Anwendung des § 638 BGB auf alle Mangelfolgeschäden vermag demnach keinen Ausweg aus dem verjährungsrechtlichen Dilemma anzubieten.

Weitere Korrekturmöglichkeiten der zu lang empfundenen Verjährung des § 195 BGB für Mangelfolgeschäden bieten sich im Hinblick auf den Verjährungsbeginn und die Verjährungsdauer an.

---

450) BGH NJW 1971, S. 1131 (1133)

451) für den Vorrang der vertraglichen gegenüber der deliktischen Verjährung, Wilts, § 635 BGB und Deliktsansprüche, in VersR 1967, S. 817 ff (820); Esser § 112 IV 1 a; Fickentscher, Schuldrecht, 5. Auflage, 1975, § 102 V 1 a; Ganten, Anm. zum BGH Urteil vom 4.3.1971, in NJW 1971, S. 1804; wohl auch Schlechtriem, Gewährleistung und allgemeine Verantwortlichkeit des Werkunternehmers, in JZ 1971, S. 449 ff; Finger, aaO 1972, S. 1219

c) So will Medicus [452] der für die Praxis unbefriedigenden langen Verjährung dadurch entgehen, indem er eine analoge Anwendung des § 852 Abs. 1 BGB für Mangelfolgeschäden vorschlägt. Gegen diese Ansicht bestehen insoweit Bedenken, als die dreijährige Frist des § 852 Abs. 1 BGB mit dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem der Geschädigte von dem Schaden Kenntnis erlangt. Diese deliktsrechtliche Besonderheit [453] ist dem Vertragsrecht fremd. Vornehmlich wegen der Eigenarten der deliktischen und vertraglichen Haftung ist eine Übertragung dieser eigenständigen Regeln auf den jeweils anderen Anspruchsbereich grundsätzlich nicht zulässig. [454]

d) Aus im wesentlichen gleichen Erwägungen ist die von Jakobs [455] und Ballerstedt [456] vertretene Auffassung, auf alle Mangelfolgeschäden § 638 BGB anzuwenden, jedoch zur Vermeidung von Unbilligkeiten in der Verjährungsfrage auf den für das Werkvertragsrecht maßgeblichen Verjährungsbeginn der Abnahme (§ 638 Abs. 1, Satz 2 BGB) zu verzichten, um dann den Lauf der Verjährung erst mit der Kenntnis von der Entstehung des Schadens beginnen zu lassen, abzulehnen. Abgesehen davon, daß schon die Prämisse den falschen Weg weist, verwenden sie mit der Erkennbarkeit des Schadens abermals ein Merkmal aus dem Recht der unerlaubten Handlung (§ 852 Abs. 1 BGB), das - wie bereits ausgeführt - auf das Werkvertragsrecht nicht übertragbar ist.

---

452) Medicus, aaO S. 327

453) ähnl. Regelungen in Gesetzen und Gesetzesentwürfen des 19. Jahrhunderts hat die 1. Kommission für das Werkvertragsrecht ausdrücklich abgelehnt, Motive II, S. 486 ff

454) BGH NJW 1976, S. 1503

455) Jakobs, aaO Jus 1975, S. 81

456) vgl. Jakobs, aaO JuS 75, S. 78; Medicus , aaO S. 327

V. 1. Wenngleich der von Jakobs und Ballerstedt vorgeschlagene Verjährungsbeginn nicht zu überzeugen vermag, nehmen sie die erforderliche Korrektur der unbefriedigenden Ergebnisse der Verjährungsfrage am richtigen Ort vor. Nicht § 635 BGB, sondern die falschwertende Norm (§ 638 BGB) ist der Ansatzpunkt zu einer interessengerechten und pragmatischen Lösung, denn die Abgrenzung der werkvertraglichen Mangel- und Mangelfolgeschäden mag gelöst werden wie auch immer, die Verjährungsfrage wird davon unabhängig nach eigenen Maßstäben zu entscheiden sein. Dabei wird allerdings die bereits im Bereich des § 635 BGB vorgenommene Aufgliederung in Schäden aus unkörperlichen und körperlichen Werken bei der Lösungsfindung gleichfalls von Bedeutung sein. Schließlich erscheint die Verjährungsregelung des § 638 BGB ohnedies korrekturbedürftig, wenn man die oft abwegigen Folgen der kurzen Verjährung in Betracht zieht. Dies soll folgendes Beispiel illustrieren : Ein Kraftwagenbesitzer läßt in einer Werkstatt die Bremsen seines Kfz's überprüfen. Der mit der Reparatur betraute Geselle verlegt nach der Inspektion der Bremsen die Bremsleitungen neu und führt dies unsachgemäß aus. In den folgenden Monaten nach der Abnahme der Reparatur scheuert sich die Bremsleitung durch. Nach 7 Monaten versagen die Bremsen, es kommt zu einem Unfall, bei dem erheblicher Sachschaden entsteht.

Der Unternehmer könnte nunmehr, wendet man § 638 BGB an, den Ersatzansprüchen des PKW-Besitzers die Einrede der Verjährung entgegenhalten. Dieses Ergebnis befriedigt nicht.

Der nervus rerum einer sachgerechten Lösung der Verjährungsfrage liegt demnach vorrangig in der Auslegung der Verjährungsvorschrift des § 638 BGB mit Rücksicht auf die Rechts-

folgen. Zur Ermittlung dieser intentio legis bilden die Regelungsabsichten der Gesetzesredaktoren eine unentbehrliche Stütze.

a) Der Gesetzgeber ging bei der Fassung der werkvertraglichen Verjährungsbestimmungen in erster Linie davon aus, daß der Mangel des Werkes zumindest in der Regel innerhalb der in § 638 BGB bestimmten kurzen Verjährungsfrist auftreten würde. Gerade deswegen hat er, da nach seiner Ansicht bei Bauwerken der Mangel auch bedeutend später aufreten könnte, dieser Tatsache dadurch Rechnung getragen, daß er für Gewährleistungsansprüche Bauwerke betreffend eine 5-jährige Verjährungsfrist vorsah. Er war der Meinung, daß die "Mängel der Konstruktion und des Materials des Bauwerks regelmäßig innerhalb 5 Jahren zutage treten,und deshalb Einstürze, welche nach 5 Jahren seit der Vollendung erfolgen, regelmäßig nicht auf einer fehlerhaften Ausführung des Baus, sondern auf anderen Ursachen beruhen". [457] Daran, daß Schäden aus immateriellen Werken meist erst lange nach Ablauf der kurzen Frist des § 638 Abs. 1 BGB (insbesondere der 6-Monatsfrist) zu entstehen pflegen, hat er nicht gedacht, da er bei der Fassung der Verjährungsregelung des § 638 BGB in erster Linie Sachwerke vor Augen hatte. [458] Eine analoge Anwendung des § 638 BGB auf Mangelfolgeschäden aus immateriellen Werken erweist sich demnach nur dann als unerläßlich, falls die für die positive Vertragsverletzung nach herrschender Meinung anzuwendende Vorschrift des § 195 BGB nicht paßt,und die ratio der kurzen Verjährung des § 638 BGB ein Abweichen von der Verjährungsfrist des § 195 BGB zwingend erfordert. Das erste Ziel der kurzen Verjährung, der Schutz des Unternehmers vor allzulanger Rückstellung, muß nicht

---

457) Mugdan II, S. 273

458) Schlechtriem, aaO VersR 1973, S. 591; Grimm, aaO S. 16 mit Fußn. 19; Jakobs, aaO JuS 1975, S. 79; BGH NJW 1976, S. 1503

zwangsläufig eine Ausweitung des § 638 BGB zur Folge haben. Denn der Unternehmer muß und wird damit rechnen, daß sich die Mängel aus den von ihm gefertigten geistigen Werken regelmäßig erst nach längerer Zeit, nicht selten auch noch nach vielen Jahren auswirken. [458a] Er kann sich infolgedessen bei seinen betrieblichen Dispositionen darauf einstellen. Ferner erscheint die 3o-jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB insofern geeigneter, als das geistige Werk - im Gegensatz zum körperlichen Werk - sehr oft nach der Fertigstellung keinerlei Auswirkungen zeitigt. Es wird des öfteren jahrelang nicht benötigt und benutzt. Man denke nur an die Errichtung eines Testaments durch einen Rechtsanwalt oder Notar, dessen Mängel erst nach dem Tode des Testierenden in Erscheinung treten, an Rechtsgutachten, oder an den Planentwurf eines Architekten, der, weil u.a. Geldmittel fehlen, erst nach etlichen Jahren verwirklicht wird.
Schließlich kommt eine Haftung für Mangelfolgeschäden aus immateriellen Werken nur dann in Betracht, wenn der Schöpfer dieser geistigen Werke zumindest fahrlässig sein Werk fehlerhaft gefertigt hat, so daß es nicht einzusehen ist, daß nur deswegen, weil eine Hauptpflicht und nicht eine vertragliche Nebenpflicht verletzt wurde, die sonst für die positive Vertragsverletzung übliche 3o-jährige Frist des § 195 BGB nicht anwendbar sein sollte. Niemand würde wohl auf den Gedanken kommen, den Ersatzanspruch aus der Verletzung von werkvertraglichen Sorgfaltspflichten der kurzen Verjährung des § 638 BGB zu unterstellen.

Die weiterhin von den Gesetzesredaktoren geäußerten Bedenken, daß die Ermittlung und Feststellung von werkvertraglichen Mängeln nach längerer Zeit kaum mehr ausführbar und damit eine

---

458a) vgl. BGB NJW 1976, S. 15o2

längere Verjährungsfrist als die des § 638 BGB für den Rechtsverkehr lästig und hemmend sei, [459] erweisen sich jedenfalls für die Schäden aus immateriellen Werken, wie bereits ausgeführt, [459a] als ebenfalls nicht begründet. Es besteht somit kein zwingender Anlaß, für Mangelfolgeschäden aus geistigen Werken, die sich durch den aufgeschobenen Eintritt auszeichnen, [46o] von der Norm des § 195 BGB abzuweichen und auf die kurze Verjährung des § 638 BGB zurückzugreifen.

b) Anders indes stellt sich die Sachlage bei Mangelfolgeschäden aus körperlichen Werken dar. Hier treten insbesondere die von dem Gesetzgeber befürchteten Beweisschwierigkeiten offen zutage. Man denke nur an versteckte Baumängel. Es wird oft nach einem gewissen Zeitraum gar nicht mehr möglich sein festzustellen, ob überhaupt Baumängel vorlagen, wer diese Mängel verschuldet hatte,und ob der nunmehr eingetretene Schaden gerade durch diese Mängel adäquat verursacht wurde. Da eine schriftliche Fixierung schon aus der Eigenart der gegenständlichen Werkleistung kaum möglich ist, empfiehlt es sich, diesen Schäden in Anbetracht der Beweisschwierigkeiten eine kurze Verjährung zugrundezulegen. Gleichwohl kann eine analoge Anwendung des § 638 BGB dann keine praktikable Lösung anbieten, wenn man als Verjährungsbeginn auf die Abnahme des Werkes abstellt. Denn auch Mangelfolgeschäden aus körperlichen Werkleistungen ist es eigen, daß sie erst lange Zeit nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 638 BGB auftreten können. Dieser vom Gesetzgeber nicht hinreichend berücksichtigte Umstand, daß Ersatzansprüche bereits verjährt sind, bevor sie überhaupt geltend gemacht werden konnten, erfordert eine modifizierte Anwendung des § 638 BGB. Der Vorschlag von Jakobs und Ballerstedt, die Anwendbarkeit des § 638 BGB von der Erkennbarkeit des Mangels

---

459) Motive zu § 571 EI, Mugdan II, S. 131

459a) vgl. Seiten 1o5, 126

46o) vgl. BGHZ 1976, S. 15o3

abhängig zu machen, wird - wie bereits ausgeführt - den vertraglichen Verjährungsregelungen nicht gerecht. Zur Vermeidung der verjährungsrechtlichen Unbilligkeiten erscheint es sachgerechter, für den Verjährungsbeginn statt der Abnahme im Wege der teleologisch begründeten Gesetzkorrektur auf den Schadenseintritt abzustellen. [461] [462] Damit wird beiden Interessenbereichen ausreichend Genüge geleistet. Der Unternehmer haftet nicht mehr auf unabsehbare Zeit, der Besteller steht in den Fällen des aufgeschobenen Schadeneintritts nicht mehr schutzlos da. [463]

---

461) vgl. auch Larenz, aaO § 53 II b

462) Die Erforderlichkeit des hinausgeschobenen Verjährungseintritts für Mangelfolgeschäden hat der BGH in NJW 1973, 843 (845) auch für die vergleichbare Problematik des § 477 BGB angedeutet. Allerdings verweist der BGH auf die Erkennbarkeit des Schadens und darauf, wann der Käufer in der Lage ist, seinen Schaden geltend zu machen. Man sollte m.E. hier etwas differenzierter vorgehen. Versteht man unter Erkennbarkeit des Schadens die tatsächliche Kenntniserlangung von dem Schadenseintritt, so fällt dieses Ereignis nicht unbedingt mit dem Schadenseintritt zusammen, so z.B. deswegen, weil der Käufer (Besteller)-infolge von Nachlässigkeit- den Schaden lange Zeit nicht erkennt.

Wertet man Erkennbarkeit als die Möglichkeit, den Schaden zu erkennen, muß der Zeitpunkt der Erkennbarkeit nicht mit dem des Schadenseintritts übereinstimmen. Man denke nur an Schäden, die nicht erkennbar sind, weil sie erst nach längerer Zeit ans Tageslicht treten.(z.B. Roststellen am Kotflügel eines Pkw's, die erst mit dem Abschleifen oder mit Abblättern des Lacks sichtbar werden.)

Es erscheint somit - um den Verjährungsbeginn nicht allzuweit ausdehnen oder von Unsicherheitsfaktoren abhängig zu machen - zweckmäßiger, auf den objektivierbaren Schadenseintritt als auf die subjektiven Begriffe wie Kenntnis oder Erkennbarkeit abzustellen.(Vgl. auch Larenz, aaO § 42 II e; § 53 II b)

463) Mit der modifizierten Anwendbarkeit des § 638 BGB auf Mangelfolgeschäden aus körperlichen Werken ist die Herausnahme von Mangelfolgeschäden aus dem Bereich des § 635 BGB in Anbetracht der Verjährungsfrist nicht unbedingt erforderlich. Allerdings sollte dann die Notwendigkeit der Gesetzkorrektur des § 638 BGB nicht übersehen werden.

Zusammenfassung

I. An der Unterscheidung von Mangel- und Mangelfolgeschäden in der Systematik des Werkvertragsrechts ist festzuhalten (vgl. näher oben Seiten 148 ff):

II. Die sich wegen des allzu heterogenen Vertragstyps schwierig gestaltende Abgrenzung der beiden Schadensarten hat nach Schadensobjekten zu erfolgen.

1. Tritt der Schaden am mangelhaften Werk selbst auf oder ist er dem Werk immanent, so handelt es sich um Mangelschäden, deren Ausgleich über § 635 BGB erfolgt. Nur diejenigen Schäden können demnach als spezifische Mangelschäden bezeichnet werden, die den Wert und den Nutzen des Werkes beeinträchtigen, d.h. das eigentliche Interesse am Vertragsgegenstand selbst konkretisieren. Diese so verstandene Begrenzung der über § 635 BGB zu liquidierenden Mangelschäden ergibt sich aus dem Regelzusammenhang und dem Normzweck des § 635 BGB.

2. Alle diejenigen vom mangelhaften Werk adäquat verursachten Schäden, die an sonstigen, vom Vertragswerk isolierten, Schadensobjekten auftreten, sind als Mangelfolgeschäden über das Institut der positiven Vertragsverletzung abzuwickeln.

   Eine Sonderstellung nehmen die aus fehlerhaften immateriellen Werken resultierenden Schäden ein. Sie zeigen sich regelmäßig und überhaupt erst in verlustreichen

Vermögensdispositionen, so daß sie, da das sonstige Vermögen des Bestellers geschmälert wird, durchweg als Mangelfolgeschäden zu werten sind. Andere Schäden aus solchen "geistigen" Werken sind nur äußerst selten denkbar.

III. Diesem Sonderstatus wird bei der Verjährungsfrage insofern Rechnung getragen, als die Mangelfolgeschäden aus unkörperlichen Werken gemäß § 195 BGB der 3o-jährigen Verjährungsfrist unterworfen sind. Eine kürzere Verjährung erscheint nicht zwingend notwendig.

Die Mangelfolgeschäden aus körperlichen Werken verjähren dagegen innerhalb der Fristen des § 638 BGB, jedoch mit der Modifikation, daß statt der Abnahme der Schadenseintritt für den Verjährungsbeginn maßgebend ist.

Für Mangelschäden verbleibt es bei der Regelung des § 638 BGB.

Literaturverzeichnis

A d o l p h , Peter, Die Haftung des Verkäufers, Vermieters und Werkunternehmers auf Schadensersatz für schuldhafte, mangelhafte Vertragsverletzung, Dissertation, Kiel 1957

B a l l e r s t e d t , Kurt, Zur Auslegung der §§ 635, 638 BGB bei den verschiedenen Werkvertragstypen, in Festschrift für Larenz, München 1973, S. 717

B i n d h a r d t , Zur Verjährungsfrist von Gewährleistungsansprüchen des Bauherrn gegen den Architekten, in VersR 1963, S. 415

von B l u m e , Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 55, Jena 19o9, S. 2o9

B u l l a , Werner, Zum Umfang der Schadensersatzpflicht des Verkäufers und Unternehmers wegen mangelhafter Leistung

von C a e m m e r e r , Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburg 1956

C a n a r i s , Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, in JZ 1965, S. 475

von Craushaar, Götz, Bauwerksleistungen im Sinne von § 638 BGB, in NJW 1975, S. 993

Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage, II.Band, 1. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 433 - 7o4, Berlin 1959

Diederichsen, Uwe, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz von Mangelfolgeschäden, in AcP 165 (1965), S. 15o

Eimer, Edgar, Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des Werkunternehmers bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften, in NJW 1973, S. 59o

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch, 15. Auflage, Tübingen 1958

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. neubearbeitete Auflage, 1.Band, Bielefeld 1975

Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht 5. Auflage, Berlin-New York, 1975

Finger, Peter, Die Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Werkunternehmer, in DB 1972, S. 1211

Finger, Peter, Die Haftung des Werkunternehmers für Mangelfolgeschäden, in NJW 1973, S. 581

Ganten, Hans, — Zur Verjährung der Ansprüche des Bestellers aus sog. Mängelfolgeschäden, in VersR 1970, S. 1080

Goldmann-Lilienthal, — Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, Berlin 1903

Grimm, Dieter, — Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB und aus positiver Vertragsverletzung, in NJW 1968, S. 14

Haidinger, Oskar, — Grundfragen des Versicherungsrechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in Festgabe für Erich Prölss, Karlsruhe 1957, S. 120

Hensche, Detlef, — Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Recht der Sachmängelgewährleistung, Dissertation, Bonn 1975

Herding-Schmalzl, — Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, München, Berlin 1967

Hess, Gerhard, — Die Haftung des Architekten für Mängel des errichteten Bauwerks, 1966

Hoche, Ulrich, — Unstimmigkeiten im Verjährungsrecht, in Festschrift für Heinrich Lange, München 1970, S. 241

Huber, Ulrich, — Zur Haftung der Verkäufer wegen Vertragsverletzung, in AcP 177 (1977), S. 297

J a k o b s , Horst Heinrich,	Die Schadensersatzpflicht des Unternehmers wegen mangelhafter Werkleistung in ihrem Verhältnis zu Wandlung und Minderung, in JuS 1974, S. 341
J a k o b s , Horst Heinrich,	Die Verjährung des Schadensersatzanspruches wegen mangelhafter Werkleistung in JuS 1975, S. 76
J a k o b s , Horst Heinrich,	Der Architektenvertrag im Verhältnis zum Dienst- und Werkvertrag, in Festschrift für Ballerstedt, 1975, Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, S. 355
K i s c h , Wilhelm,	Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 19oo
K ö p c k e ,	Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz, 1965
K o r i n t e n b e r g , Werner,	Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, Köln 1935
K o r i n t e n b e r g , Werner,	Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag, Dissertation, Köln 1927
L a r e n z , Karl,	Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1 und 2, Allgemeiner und Besonderer Teil, 11.Auflage, München 1976 und 1977

Larenz, Karl, — Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung, in NJW 1975o, S. 487

Larenz, Karl, — Die Notwendigkeit des gegliederten Schadensbegriffes, in VersR 1963, S. 1

Laufs, Adolf und Schwenger, Arvid, — Der Schadensersatzanspruch des Bestellers beim Werkvertrag: Inhalt, Verjährung, Beweislast, in NJW 197o, S. 1817

Leonhard, Franz, — Das Schuldrecht des BGB, Band 1 und 2, München - Leipzig, 1929 und 1931

Ludwigs-Ludwigs, — Der Architekt - Vertragsrecht, Haftung, Gebührenordnung, Köln - Berlin - Bonn - München, 1964

Medicus, Dieter, — Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in Festschrift für Kern, Tübingen 1968, S. 313

Medicus, Dieter, — Bürgerliches Recht, 7. neubearbeitete Auflage, 1975, 8. Auflage 1978

Medicus, Dieter, — Unmittelbarer und mittelbarer Schaden, in Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe 131, 1977

M e r t e n s ,	Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1967
M i c h a e l i s ,	Beiträge zur Gliederung und Weiterentwicklung des Schadensrechts in Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr.H. Siber, Leipzig 1943, S. 185
M o m m s e n , Friedrich,	Beiträge zum Obligationenrecht II, Zur Lehre von dem Interesse, 1855
M o t i v e	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888
O e r t m a n n , Paul,	Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 1929
P a l a n d t ,	Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Auflage, München 1978
P e t e r s , Frank,	Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 635 BGB, in JZ 1977, S. 458
P i e p e r , Helmut,	Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in JuS 1962, S. 4o9, S. 459
P r ö l s s , Jürgen,	Schadensersatzansprüche aus §§ 463, 48o II, 538, 635 BGB in der Haftpflichtversicherung, in VersR 1967, S. 432

R a a p e , Leo,	Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, in AcP 147 (1941), S. 217
R a b e l , Ernst,	Das Recht des Warenkaufs, Band I, unveränderter Neudruck der Ausgabe von 1936, Berlin 1957
S ä c k e r , Franz-Jürgen,	Die Haftung des Bauunternehmers für Mietausfall bei nicht termingerechter Fertigstellung des Hauses, in NJW 1967, S. 1403
S c h l e c h t r i e m , Peter,	Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972
S c h l e c h t r i e m , Peter,	Gewährleistung und allgemeine Verantwortlichkeit des Werkunternehmers, in JZ 1971, S. 449
S c h l e c h t r i e m , Peter,	Abgrenzungsfragen bei der positiven Vertragsverletzung, in VersR 1973, S. 581
S c h l e g e l m i l c h , Günther,	Haftpflichtversicherung und Unternehmerrisiko, Dissertation, München 1964
S c h m a l z l , Max,	Die Haftung des Architekten und Bauunternehmers, 3. Auflage, München 1976
S c h m i d t , Rudolf,	Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität, in AcP 152 (1952/1953), S. 112

Schmidt-Salzer,	Produktenhaftung, 1973
Schmitz, Günther,	Die Verjährung von Mangelfolgeschäden im Kauf- und Werkvertragsrecht, in NJW 1973, S. 2o81
Schubert, Werner,	Der Anwendungsbereich der §§ 635 und 638 BGB, in JR 1975, S. 179
Schubert, Werner,	Zur Verjährung von Mangelfolgeschäden wegen fehlerhafter planerischer Werkleistung, in BB 1975, S. 585
Soergel-Siebert,	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2 und 3, 1o. Auflage, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1967/1969
Staub, Hermann,	Die positive Vertragsverletzung, Berlin 19o4
Staudinger,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Teil 2 und 3, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Auflage, Berlin 1955 und 1958
Stoll, Heinrich,	Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, in AcP 136 (1932), S. 257

T e m p e l , Otto,	Zur Rechtsnatur des Architektenvertrages, in JuS 1964, S. 346
T h i e l e , Wolfgang,	Leistungspflicht und Schutzpflichtverletzung, in JZ 1967, S. 649
T o d t , Günther,	Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers bei Lieferung eines mangelhaften Vertragsobjektes, 197o
U l l r i c h - D r e v e r m a n n ,	Rechtslexikon für den Architekten, S. 2o4
W e i t n a u e r , Hermann,	Vertragsaufhebung und Schadensersatz nach dem einheitlichen Kaufgesetz und nach dem geltenden deutschen Recht, in Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift zum 5o-jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, 1967, S. 71
W i l c k e , Walter,	Folgeschaden und Unternehmerrisiko in der Haftpflichtversicherung, in VersR 1964, S. 1o7
W i l t s , Walter,	§ 635 BGB und Deliktsansprüche, in VersR 1967, S. 817

W i n d s c h e i d - K i p p ,

Pandekten II, 8.Auflage, 19oo

Z e u n e r , Albrecht,

Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, in AcP 163 (1964), S. 38o

Lebenslauf

Am 13.1.1945 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Heinz Winter und seiner Ehefrau Elfriede in Marktredwitz, Bayern, geboren.

Von 1951 bis 1955 besuchte ich die Volksschule in Marktredwitz und trat noch im gleichen Jahr in das Otto-Hahn-Gymnasium in Marktredwitz ein. Nach bestandener Reifeprüfung leistete ich zwei Jahre Militärdienst. Ab Wintersemester 1967/68 studierte ich zunächst an der Universität München, ab 1970 an der Universität Regensburg Rechtswissenschaft. In Regensburg legte ich im Termin 1974 I die Erste juristische Staatsprüfung mit Erfolg ab. Anschließend war ich zwei Jahre als Rechtsreferendar in Nürnberg tätig. Mit der Zweiten juristischen Staatsprüfung im Termin 1976 II beendigte ich die juristische Ausbildung.

Seit dem 1.4.1977 bin ich als Rechtsanwalt zugelassen.

Copy-Center 2000
852 ERLANGEN · Obere Karlstr. 30
Tel. 09131-26197